

Norman Lee Mack Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. V. MACK

File No.: 19747.

1987: December 10; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Criminal law — Defences — Entrapment — Trafficking conviction — Accused once an addict but had given up narcotics — Police informer persistently requesting accused to sell drugs over lengthy period of time — Informer threatening accused and offering large monetary inducement — Whether or not stay of proceedings should issue on basis of entrapment — Manner in which entrapment claim should be dealt with by the Courts.

Appellant testified at his trial for drug trafficking and, at the close of his defence, brought an application for a stay of proceedings on the basis of entrapment. His testimony indicated that he had persistently refused the approaches of a police informer over the course of six months, and that he was only persuaded to sell him drugs because of the informer's persistence, his use of threats, and the inducement of a large amount of money. Appellant testified that he had had a drug habit but that he had given up his use of narcotics. The application for a stay was refused and appellant was convicted of drug trafficking. The Court of Appeal dismissed an appeal from that conviction. The central issue here concerns the conceptual basis of the doctrine of entrapment and the manner in which an entrapment claim should be dealt with by the courts.

Held: The appeal should be allowed.

Entrapment occurs when (a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry, and, (b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence. It is essential

* Estey and Le Dain J.J. took no part in the judgment.

Norman Lee Mack Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a RÉPERTORIÈ: R. C. MACK

N° du greffe: 19747.

1987: 10 décembre; 1988: 15 décembre.

b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

d *Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Déclaration de culpabilité de trafic de drogues — Ancien toxicomane — Insistance prolongée d'un indicateur de police pour que l'accusé vende des drogues — Menaces de l'indicateur contre l'inculpé et offre d'une importante somme d'argent — Y a-t-il lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière? — Manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.*

e e L'appelant a témoigné à son procès pour trafic de drogues et, au moment de clore sa défense, il a demandé une suspension d'instance pour cause de provocation policière. Son témoignage indique qu'il a refusé systématiquement les offres d'un indicateur de police pendant six mois et qu'il n'a été persuadé de lui vendre des drogues qu'à cause de la persistance de l'indicateur, de ses menaces et de l'offre d'une importante somme d'argent. L'appelant a témoigné qu'il avait déjà consommé des stupéfiants mais qu'il en avait cessé toute consommation.

f g La demande de suspension d'instance a été rejetée et l'appelant déclaré coupable de trafic de drogues. La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette déclaration de culpabilité. Le point central de ce pourvoi porte sur le fondement conceptuel de la doctrine de la provocation policière et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

i Il y a provocation policière lorsque a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête, et b) quoi qu'elles aient ce doute raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

that the factors relied on by a court relate to the underlying reasons for the recognition of the doctrine in the first place.

The doctrine of entrapment is not dependant upon culpability and the focus, therefore, should not be on the effect of the police conduct on the accused's state of mind. As far as possible, an objective assessment of the conduct of the police and their agents is required. The predisposition, or the past, present or suspected criminal activity of the accused, is relevant only as a part of the determination of whether the provision of an opportunity by the authorities to the accused to commit the offence was justifiable. Further, there must be sufficient connection between the accused's past conduct and the provision of an opportunity, since otherwise the police suspicion will not be reasonable. While the accused's predisposition is of some relevance, albeit not conclusive, in assessing initial approach by the police of a person with the offer of an opportunity to commit an offence, it is never relevant as regards whether they went beyond an offer, since that is to be assessed with regard to what the average non-predisposed person would have done.

The absence of a reasonable suspicion or a *bona fide* inquiry is significant in assessing the conduct of the police because of the risk that the police will attract people otherwise without involvement in a crime and because it is not a proper use of the police power to randomly test the virtue of people. The presence of reasonable suspicion or the mere existence of a *bona fide* inquiry will, however, never justify entrapment techniques: the police may not go beyond providing an opportunity regardless of their perception of the accused's character and regardless of the existence of an honest inquiry.

The following factors may be considered in determining if the police have gone further than providing an opportunity: (1) the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission; (2) whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the accused would be induced into the commission of a crime; (3) the persistence and number of attempts made by the police before the accused agreed to committing the offence; (4) the type of inducement used by the police including: deceit, fraud, trickery or reward; (5) the timing of the police conduct, in particular whether the police have instigated the offence or became involved in ongoing criminal activity; (6) whether the police conduct involves an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy

infraction. Il est essentiel que les facteurs retenus par une cour se rapportent aux raisons sous-jacentes qui permettent d'abord de reconnaître la doctrine.

La doctrine de la provocation policière ne dépend pas de la culpabilité et il ne faut pas axer l'analyse sur l'effet de la conduite de la police sur l'état d'esprit de l'inculpé. Autant que possible, une évaluation objective de la conduite de la police et de ses agents est requise. La prédisposition, ou l'activité criminelle passée, présente ou soupçonnée de l'inculpé ne sont pertinentes qu'à titre d'éléments permettant de déterminer si l'occasion de commettre l'infraction fournie par les autorités à l'inculpé est justifiable. En outre, il doit y avoir un rapport suffisant entre la conduite passée de l'inculpé et l'occasion offerte puisque, autrement, le soupçon de la police ne serait pas raisonnable. Quoique, sans être concluante, la prédisposition de l'inculpé ait une certaine pertinence relativement à l'évaluation de la façon dont la police a initialement abordé une personne en lui offrant une occasion de commettre une infraction, elle n'est jamais pertinente pour déterminer si la police est allée au-delà d'une offre, puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce qu'une personne moyenne, non prédisposée, aurait fait.

L'absence de soupçon raisonnable ou d'une véritable enquête est significative pour évaluer la conduite de la police, en raison du danger que la police entraîne des gens qui autrement n'auraient été impliqués dans aucun crime et parce qu'il ne convient pas d'avoir recours à la force policière simplement pour éprouver au hasard la vertu des gens. La présence d'un soupçon raisonnable ou la simple existence d'une véritable enquête ne justifiera cependant jamais les techniques de provocation policière: les forces policières ne doivent jamais faire autre chose que d'offrir une occasion, indépendamment de leur perception de la moralité de l'inculpé et de l'existence d'une enquête honnête.

On peut tenir compte des facteurs suivants pour déterminer si la police a fait autre chose que d'offrir une occasion: (1) le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration; (2) si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime; (3) la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction; (4) le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus: la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense; (5) le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours; (6) si la démarche de la police presuppose l'exploitation d'émotions humaines,

and friendship; (7) whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of a person such as a mental handicap or a substance addiction; (8) the proportionality between the police involvement, as compared to the accused, including an assessment of the degree of harm caused or risked by the police, as compared to the accused, and the commission of any illegal acts by the police themselves; (9) the existence of any threats, implied or express, made to the accused by the police or their agents; (10) whether the police conduct is directed at undermining other constitutional values. This list is not exhaustive.

Entrapment is not a substantive or culpability-based defence and the adoption of rules which historically, and by virtue of the *Charter*, conform to most substantive defences is neither necessary nor correct.

Objective entrapment involving police misconduct, and not the accused's state of mind, is a question to be decided by the trial judge, and the proper remedy is a stay of proceedings.

The issue of entrapment should be decided by the trial judge, as opposed to jury, for policy reasons. A judge should consider the question from the perspective of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of all the circumstances, and the reasonable person is usually the average person in the community but only when that community's current mood is reasonable. The issue is maintaining respect for the values which, over the long term, hold the community together. One of those very fundamental values is the preservation of the purity of the administration of justice. A judge is particularly well suited to make this determination. Then, too, the determination of whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would bring the administration of justice into disrepute is one which should be made by a trial judge. If one of the advantages of allowing claims of entrapment is the development of standards of conduct on the part of the state, it is essential that decisions on entrapment, and those allowing the claim especially, be carefully explained so as to provide future guidance; this is not something the jury process lends itself to.

Before a judge considers whether a stay of proceedings lies because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown has discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had committed all the essential elements of the offence. If

telles la compassion, la sympathie et l'amitié; (7) si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière; (8) la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes; (9) l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents; (10) si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles. Cette énumération n'est pas exhaustive.

La provocation policière n'est ni un moyen de défense au fond ni fondé sur la culpabilité et l'adoption de règles qui, historiquement et en vertu de la *Charte*, sont conformes à la plupart des moyens de défense au fond n'est ni nécessaire ni fondée.

La provocation policière objective, mettant en cause une conduite irrégulière de la police et non l'état d'esprit de l'inculpé, est une question qui relève du juge du procès, et le recours approprié est la suspension d'instance.

Pour des raisons de principe, la question de la provocation policière doit être tranchée par le juge du procès, et non par un jury. Un juge doit considérer la question dans la perspective d'une personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances, et la personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable. La question est de préserver le respect des valeurs qui, à long terme, assurent la cohésion de la collectivité. L'une de ces valeurs les plus fondamentales est la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice. Un juge est particulièrement en mesure de prendre cette décision. Alors, également, la question de savoir si l'admission d'éléments de preuve obtenus en violation d'un droit reconnu par la *Charte* peut déconsidérer l'administration de la justice doit être tranchée par le juge du procès. Si la reconnaissance de la provocation policière a parmi d'autres avantages celui de l'élaboration de normes de comportement pour l'État, il est essentiel que les décisions en matière de provocation policière, particulièrement celles qui accueillent le moyen de défense, soient soigneusement expliquées afin de servir de guide à l'avenir; le recours au jury ne se prête guère à cela.

Avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments

this is not clear and there is a jury, the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. Because the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided, the right of an accused to the benefit of a jury trial in s. 11(f) of the *Charter* is in no way infringed.

The requirement that the accused prove entrapment on a balance of probabilities is not inconsistent with the requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. The guilt or innocence of the accused is not in issue. The accused has done nothing to warrant an acquittal; the Crown, however, has engaged in conduct, however, that disentitles it to a conviction. Requiring an accused to raise only a reasonable doubt is entirely inconsistent with a rule which permits a stay in only the "clearest of cases". More fundamentally, the claim of entrapment is a very serious allegation against the state. To place a lighter onus on the accused would unnecessarily hamper state action against crime. The interests of the court, as guardian of the administration of justice, and the interests of society in the prevention and detection of crime can be best balanced if the accused is required to demonstrate by a preponderance of evidence that the prosecution is an abuse of process because of entrapment. This is consistent with the rules governing s. 24(2) applications where the general issue is similar to that raised in entrapment cases: would the administration of justice be brought into disrepute?

The defence of entrapment is to be recognized in only the "clearest of cases": this description is preferable to the term "shocking and outrageous". Once the accused has demonstrated that the strategy used by the police goes beyond acceptable limits, a judicial condonation of the prosecution would by definition offend the community. It is not necessary to go further and ask whether the demonstrated entrapment would "shock" the community, since the accused has already shown that the administration of justice has been brought into disrepute.

essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment des preuves qui ne portent que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur l'allégation de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint.

- c L'exigence qui impose à l'inculpé la charge de prouver la provocation policière suivant la prépondérance des probabilités n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. La culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. Exiger d'un inculpé qu'il ne soulève qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les «cas les plus manifestes». Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé entraverait inutilement l'action de l'État contre le crime. La meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par. 24(2) où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice sera-t-elle déconsidérée?
- f La défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les «cas les plus manifestes»: cette description est préférable à l'expression «révoltante et indigne». Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes acceptables, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait par définition la collectivité. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée «révolterait» la société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

The state must be given substantial leeway with drug trafficking because the traditional devices of police investigation are not effective. The police or their agents must get involved and gain the trust and confidence of the people trafficking or supplying the drugs. The social consequences of this crime are enormous and harmful.

The police here were not interrupting an ongoing criminal enterprise; the offence was clearly brought about by their conduct and would not have occurred without their involvement. Nor were they exploiting appellant's narcotics addiction. The persistence of the police requests and the equally persistent refusals, and the length of time needed to secure appellant's participation in the offence, indicate that the police had tried to make appellant take up his former life style and had gone further than merely providing him with the opportunity. The most important and determinative factor, however, was that appellant had been threatened and had been told to get his act together when he did not provide the requested drugs. This conduct was unacceptable and went beyond providing the appellant with an opportunity. The fact that the appellant eventually committed the offence when shown the money was not significant because he knew of the profit factor much earlier and still refused. The average person in appellant's position might also have committed the offence, if only to finally satisfy this threatening informer and end all further contact.

The police had reasonable suspicion that the appellant was involved in criminal conduct but they went too far in their efforts to attract him into the commission of the offence. The doctrine of entrapment was applicable to preclude appellant's prosecution and appellant met the burden of proof. The trial judge should have entered a stay of proceedings for abuse of process.

Cases Cited

Applied: *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (rev'd on other grounds, [1985] 2 S.C.R. 128); **considered:** *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973), reversing 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976); *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971); *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Baxter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 555, [1983] C.A. 412; *R. v. Gingras*

L'État doit jouir d'une liberté d'action importante à l'égard du trafic des stupéfiants parce que les moyens traditionnels d'investigation policière ne sont pas efficaces. Les policiers et leurs agents doivent s'impliquer et gagner la confiance des gens qui s'adonnent au trafic ou à la fourniture de drogues. Les conséquences sociales de ce crime à lui seul sont très lourdes et dangereuses.

En l'espèce, les policiers n'ont pas interrompu une affaire criminelle en cours; l'infraction a, de toute évidence, été perpétrée à cause de leur conduite et ne se serait pas produite sans leur intervention. Ils n'ont pas non plus exploité l'accoutumance de l'appelant aux stupéfiants. La persistance des demandes policières et les refus également persistants, ainsi que le temps qu'il a fallu avant d'obtenir la participation de l'appelant indiquent que les policiers ont tenté de faire reprendre à l'appelant son ancien mode de vie et qu'ils ont fait plus que simplement lui fournir une occasion. Le facteur le plus important et le plus décisif, cependant, est que l'appelant a été menacé et qu'on lui a dit de se décider une fois pour toute après qu'il n'eut pas fourni les drogues demandées. Cette conduite est inacceptable et fait plus que fournir une occasion à l'appelant. Le fait que l'appelant a finalement commis une infraction lorsqu'on lui a montré l'argent est sans importance parce qu'il connaissait bien avant le profit possible et qu'il refusait toujours. Une personne ordinaire, dans la situation de l'appelant, aurait pu aussi commettre l'infraction, ne serait-ce que pour satisfaire enfin l'indicateur menaçant et rompre tout contact.

Les policiers pouvaient raisonnablement soupçonner que l'appelant commettait l'infraction si on lui en donnait l'occasion, mais ils sont allés trop loin dans leurs efforts pour l'entraîner à la commettre. La doctrine de la provocation policière s'applique de manière à interdire la poursuite de l'appelant et celui-ci s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui revenait. Le juge du procès aurait dû prononcer une suspension d'instance pour cause d'abus de procédure.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (inf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 128); **arrêts examinés:** *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973), inf. 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976); *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971); *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Baxter*, [1983] C.A. 412, 9 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Gingras* (1987), 61

(1987), 61 C.R. (3d) 361; *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297; **referred to:** *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988); *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103; *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20; *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Ashoona*, N.W.T.C.A., January 19, 1988, unreported, reversing (1987), 38 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(f), 24(2).

Criminal Code, ss. 7(3), 17, 605(1)(a).

Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 137(2).

Authors Cited

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. As adopted at the 1962 annual meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Donnelly, Richard C. "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

France, Simon. "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.

Park, Roger. "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.

Rossum, Ralph A. "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.

United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 49 C.R. (3d) 169, dismissing an appeal from a judgment of Wetmore Co. Ct. J. (1983), 34 C.R. (3d) 228. Appeal allowed.

Sidney B. Simons and J. Douglas Jevning, for the appellant.

C.R. (3d) 361; *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2d) 297; **arrêts mentionnés:** *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988); *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103; *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20; *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Ashoona*, C.A.T.N.-O., le 19 janvier 1988, inédit, inf. (1987), 38 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f), 24(2).

Code criminel, art. 7(3), 17, 605(1)a).

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 137(2).

Doctrine citée

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. Adopté à l'assemblée annuelle 1962 de l'American Law Institute à Washington, D.C., le 24 mai 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Donnelly, Richard C. «Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs» (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

France, Simon. «Problems in the Defence of Entrapment» (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.

Park, Roger. «The Entrapment Controversy» (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.

Rossum, Ralph A. «The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster» (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.

United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 49 C.R. (3d) 169, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Wetmore de la Cour de comté (1983), 34 C.R. (3d) 228. Pourvoi accueilli.

Sidney B. Simons et J. Douglas Jevning, pour l'appelant.

S. David Frankel and Patricia A. Babcock, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

The central issue in this appeal concerns the doctrine of entrapment. The parties, in essence, ask this Court to outline its position on the conceptual basis for the application of the doctrine and the manner in which an entrapment claim should be dealt with by the courts. Given the length of these reasons due to the complexity of the subject, I have summarized my findings on pages 964 to 966 of these reasons.

The Facts

The appellant was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking. He testified at trial and, at the close of the case for the defence, brought an application for a stay of proceedings on the basis of entrapment. The application was refused and a conviction entered by Wetmore Co. Ct. J., sitting without a jury, in written reasons reported in (1983), 34 C.R. (3d) 228. A notice of appeal from that decision was filed with the British Columbia Court of Appeal but the appeal books were not filed within the time prescribed. Counsel for the appellant sought and obtained, with the consent of Crown Counsel, an order dispensing with the requirement that transcripts of evidence be filed and permitting counsel to base their arguments solely on the reasons for judgment of Wetmore Co. Ct. J. The Chief Justice of British Columbia directed that a panel of five judges hear the appeal. For the reasons given by Craig J.A., on behalf of the Court, the appeal was dismissed. This decision is now reported at (1985), 49 C.R. (3d) 169. Leave to appeal was granted by this Court.

It is necessary to describe in some detail the relevant facts. In view of the particular procedural history of this appeal, I think it is appropriate to reproduce in its entirety the summary of the evi-

S. David Frankel et Patricia A. Babcock, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu

par

LE JUGE LAMER—

Introduction

b La doctrine de la provocation policière est le point central soulevé en l'espèce. Les parties demandent essentiellement à la Cour de faire connaître sa position sur le fondement conceptuel de l'application de la doctrine et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une prétention de provocation policière. La longueur des motifs de ce jugement s'explique par la complexité du sujet et mes conclusions sont résumées aux pp. 964 à 966 de mon opinion.

Les faits

L'appelant a été accusé de possession illicite de stupéfiants à des fins de trafic. Il a témoigné au procès et, avant la clôture de la preuve à décharge, il a présenté une requête en suspension d'instance pour cause de provocation policière. La requête a été refusée et le juge Wetmore de la Cour de comté, siégeant sans jury, dans des motifs écrits publiés à (1983), 34 C.R. (3d) 228, a prononcé une déclaration de culpabilité. Un avis d'appel de cette décision a été déposé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais les dossiers conjoints n'ont pas été produits dans les délais prévus. g L'avocat de l'appelant a demandé et obtenu, avec l'agrément du ministère public, une ordonnance de dispense de l'obligation de produire la transcription des témoignages autorisant les avocats à fonder leurs plaidoiries seulement sur les motifs de jugement du juge Wetmore. Le juge en chef de la Colombie-Britannique a saisi de l'appel une formation de cinq juges. Pour les motifs du juge Craig, prononcés au nom de la Cour, l'appel a été rejeté. Cet arrêt est maintenant publié à (1985), 49 C.R. (3d) 169. L'autorisation de se pourvoir a été accordée par cette Cour.

Il est nécessaire de décrire de façon assez détaillée les faits pertinents. Vu l'évolution particulière de la procédure qui a mené au pourvoi, je pense qu'il s'impose de reproduire intégralement le

dence provided for in the reasons for judgment of Wetmore Co. Ct. J. (at pp. 234-37):

Through information obtained from an officer of the Ontario Provincial Police, one Momotiuk was brought to British Columbia. This man had apparently been dealing in narcotics in Kenora, Ontario. He was placed under police "handlers" in Vancouver, he visited the accused on a number of occasions, and eventually a transaction was set up whereby the accused would deliver cocaine to Momotiuk.

The accused testified. He first met Momotiuk in 1979 in Montreal where the accused was visiting one Franks. The accused understood Franks and Momotiuk to be associated in some clothing franchise.

The accused at this time was attempting to develop some property for sale near De Roche, British Columbia, and told Franks and Momotiuk of this and both expressed some interest in buying. Both arrived in British Columbia in October 1979. In the course of this visit the accused says that Momotiuk told him he was a drug trafficker in Kenora and wanted some "Thai pot". The accused says he had no interest.

Momotiuk, according to the accused, called later still wanting to make drug deals, and the accused told him he was interested only in real estate deals.

The accused again went to a yoga retreat near Montreal in December 1979. Franks and Momotiuk visited him there. Momotiuk produced some cocaine, which he and Franks used, and again asked the accused to become a supplier. A few days later they met again. At this time conversation was directed to show Momotiuk as an importer of drugs on a large scale, and again the accused was invited to join in and refused.

In January and February there were approximately seven telephone calls from Momotiuk to the accused soliciting his involvement. The accused says he refused.

In mid-February 1980 Momotiuk visited the accused again, asking him to supply drugs. The accused says he told Momotiuk he was not interested and asked to be left alone. Momotiuk continued to visit two or three times and also telephoned.

In March the accused says Momotiuk arrived again. They went for a walk in the woods. Momotiuk produced a pistol and was going to show the accused his marks-

résumé de la preuve donné dans les motifs de jugement du juge Wetmore (aux pp. 234 à 237):

[TRADUCTION] Grâce aux renseignements obtenus d'un agent de la police provinciale de l'Ontario, un certain Momotiuk a été amené en Colombie-Britannique. Cet homme se livrait apparemment au trafic des stupéfiants à Kenora (Ontario). Il a été confié aux «manipulateurs» de la police à Vancouver, il a rendu visite à l'accusé à plusieurs reprises et, éventuellement, une transaction fut mise sur pied lors de laquelle l'accusé livrerait de la cocaïne à Momotiuk.

L'accusé a témoigné. Il a rencontré Momotiuk pour la première fois en 1979 à Montréal, alors qu'il rendait visite à un certain Franks. L'accusé a cru comprendre que Franks et Momotiuk étaient associés dans quelque franchise de vêtement.

L'accusé, à cette époque, voulait lotir une propriété et la mettre en vente, près de De Roche (Colombie-Britannique), ce dont il a fait part à Franks et à Momotiuk qui, tous les deux, se sont montrés intéressés à acheter. Ils sont arrivés tous les deux en Colombie-Britannique en octobre 1979. Au cours de cette visite, l'accusé déclare que Momotiuk lui a dit qu'il s'adonnait au trafic des stupéfiants à Kenora et qu'il cherchait du «pot thaïlandais». L'accusé dit n'avoir pas été intéressé.

D'après l'accusé, Momotiuk, toujours désireux d'acheter de la drogue, lui a téléphoné ultérieurement, et l'accusé lui a dit n'être intéressé que par l'immobilier.

L'accusé retourna dans la région de Montréal en décembre 1979 pour prendre part à une retraite Yoga. Franks et Momotiuk lui ont rendu visite là-bas. Momotiuk lui a montré un peu de cocaïne, que lui et Franks ont consommé et, à nouveau, il a demandé à l'accusé de devenir fournisseur. Quelques jours plus tard, ils se sont rencontrés à nouveau. Cette fois, la conversation a dépeint Momotiuk comme un importateur de drogue de grande envergure et, à nouveau, l'accusé a été invité à se joindre à eux et a refusé.

Au cours des mois de janvier et de février, il y eut environ sept appels téléphoniques de Momotiuk à l'accusé, sollicitant sa participation. L'accusé déclare qu'il a refusé.

Vers la mi-février 1980, Momotiuk a rendu visite à l'accusé à nouveau, lui demandant de lui fournir de la drogue. L'accusé déclare avoir dit à Momotiuk qu'il n'était pas intéressé et lui avoir demandé de ne plus l'importuner. Momotiuk a persisté, lui rendant visite deux ou trois fois et lui téléphonant.

L'accusé déclare que Momotiuk est venu le voir une fois de plus au mois de mars. Ils allèrent faire une promenade dans les bois. Momotiuk lui a montré un

manship. He was dissuaded because of the probability of startling the horses nearby. The accused says that at this remote area Momotiuk said, "A person could get lost." This the accused says was a threat. He says the matter of drugs was again raised and the accused says he was adamant that he had no knowledge of drugs sources.

The accused was asked to phone him twice and did not. One Matheson attended at the accused's residence on 13th March with a message that Momotiuk was very excited and wanted to see him at the Biltmore Hotel. The accused says he wanted nothing to do with Momotiuk but was terrified of him and agreed to go into town to the Biltmore. He also says that Matheson told him Momotiuk had some friends with him. This the accused took to be other members of this illegal syndicate.

While en route to the city he twice noted a car which seemed to be following him. This was probably so, because undercover police officers were doing a surveillance at the time.

On arrival at the hotel he met Momotiuk. Again he was informed of the syndicate. He was asked then if he wished to see the buying power. The accused agreed. He was directed to a car outside the hotel. In this car was an open briefcase with \$50,000 exposed. The custodian, unknown to the accused, was an undercover policeman.

The accused returned to the hotel, Momotiuk asked him to get a sample and gave him \$50 for this purpose.

The accused left and went to a supplier he had known of from years back. This supplier, one Goldsmith, now dead, heard the accused's story and agreed to supply "in order to get Doug (Momotiuk) off me". He obtained the sample and delivered it to Momotiuk, who tested it and said to get as much as he could. He returned to the supplier and offered \$35,000 to \$40,000 for a pound.

At the meeting the following day the accused had still not acquired the drugs and he says that at this point he was told to get his act together, in a threatening way.

I need not detail the accused's evidence of the following two days. He obtained 12 ounces of cocaine, and was to pay \$27,000 for it. This credit, he says, was extended to him by Goldsmith on the basis of payment when delivered to Momotiuk. It was in the course of this delivery that he was arrested.

pistolet et a voulu faire étalage de son adresse devant l'accusé. La probabilité d'effaroucher des chevaux qui se trouvaient non loin de là l'en a dissuadé. L'accusé déclare que dans ce lieu perdu, Momotiuk lui a dit: «on peut facilement se perdre.» L'accusé affirme qu'il s'agissait d'une menace. Il dit qu'il a de nouveau été question de drogue et qu'il a été formel, il ne savait pas où en trouver.

L'accusé a, à deux reprises, été invité à lui téléphoner, b mais il ne l'a pas fait. Un certain Matheson s'est présenté à la résidence de l'accusé, le 13 mars, pour lui faire part que Momotiuk était très excité et voulait absolument le voir à l'hôtel Biltmore. L'accusé déclare qu'il ne voulait plus rien avoir à faire avec Momotiuk, mais que c celui-ci le terrifiait: aussi a-t-il consenti à se rendre en ville, au Biltmore. Il déclare aussi que Matheson lui a dit que Momotiuk se trouvait en compagnie de quelques amis. L'accusé a compris qu'il devait s'agir d'autres membres du gang.

d En se rendant en ville, il a remarqué à deux reprises une voiture qui semblait les avoir pris en filature. Il devait en être ainsi, puisque des policiers banalisés le surveillaient à l'époque.

Arrivé à l'hôtel, il a rencontré Momotiuk. À nouveau, e on l'a renseigné sur le gang. On lui a alors demandé s'il désirait voir leur pouvoir d'achat. L'accusé a accepté. On l'a mené à une voiture à l'extérieur de l'hôtel. Dans cette voiture, une valise était ouverte, exposant 50 000 \$ à la vue. Son gardien, ce qu'ignorait l'accusé, était un agent secret de la police.

L'accusé revenu à l'hôtel, Momotiuk lui a demandé de se procurer un échantillon et lui a remis 50 \$ à cette fin.

L'accusé a quitté, se rendant chez un fournisseur qu'il avait connu autrefois. Ce fournisseur, un certain Goldsmith, décédé depuis, a écouté l'histoire de l'accusé et a accepté d'être son fournisseur «pour me débarrasser de Doug (Momotiuk)». Ayant obtenu l'échantillon, il l'a remis à Momotiuk qui en a vérifié la teneur puis lui a demandé de s'en procurer autant qu'il le pouvait. Il est h retourné au fournisseur à qui il a offert entre 35 000 \$ et 40 000 \$ pour une livre.

À la réunion le jour suivant, l'accusé ne s'était toujours pas procuré la drogue et, déclare-t-il, à ce moment-là, il s'est fait dire de se décider une fois pour toute, sur un ton menaçant.

i Il n'est pas nécessaire de reprendre tout le témoignage de l'accusé sur ce qui s'est passé les deux jours suivants. Il a obtenu 12 onces de cocaïne, promettant de les payer 27 000 \$. Goldsmith lui a fait crédit, dit-il, à condition d'être remboursé lorsqu'il les aurait livrées à Momotiuk. C'est au moment de cette livraison qu'il a été arrêté.

It is on the basis of this testimony that the accused says he was entrapped. Momotiuk, Matheson and Franks did not testify. Neither did "Bonnie", the accused's former wife, who was apparently present at one of the Montreal meetings, where cocaine was produced and some discussion took place.

The accused has drug convictions in 1972 and 1976, two in 1978 and one in 1979. Those in 1976, one in 1978 and one in 1979 involved cocaine. He says his former use of drugs arose to relieve back pain, but in 1978 he discovered relief from yoga and gave up the use of narcotics. The offence in 1979 was a fall from grace when he met up with old friends.

C'est sur la base de ce témoignage que l'accusé déclare être victime d'une provocation policière. Momotiuk, Matheson et Franks n'ont pas témoigné, pas plus que «Bonnie», l'ex-épouse de l'accusé, qui était présente, semble-t-il, à l'une des rencontres de Montréal, où de la cocaïne avait été exhibée et où l'on avait discuté.

L'accusé a été reconnu coupable d'infractions relatives à la drogue en 1972 et en 1976, à deux autres reprises en 1978, et à nouveau en 1979. Dans le cas des condamnations de 1976, de l'une de celles de 1978 et de celle de 1979, il s'agissait de cocaïne. Il déclare avoir autrefois consommé diverses drogues pour se soulager d'un mal de dos mais, en 1978, il aurait découvert les vertus apaisantes du yoga et abandonné l'usage des stupéfiants. L'infraction de 1979 était une rechute, due à la rencontre de vieux amis.

Decisions of the Courts Below

Wetmore Co. Ct. J. held that the judgment of Estey J. in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, and of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (rev'd on other grounds, [1985] 2 S.C.R. 128), established that entrapment is recognized as part of the abuse of process doctrine and a stay of proceedings arising from a finding of entrapment is not a "defence" in the traditional sense of that word. This distinction between a "stay" and a "defence" was important in terms of the burden and standard of proof. Wetmore Co. Ct. J. decided the evidential burden rested on the party seeking the stay to satisfy a court on a balance of probabilities that there had been entrapment which would constitute an abuse of the courts' processes. He stated at p. 232:

To ask the court to preclude either side—the state, represented by the prosecution, or the defence—from the adjudication of their differences must involve satisfying the court that its processes cannot result in the attainment of justice through the traditional avenue of a full and open trial. To make that finding, it seems fundamental to a system of justice in a free and democratic society that the court must be *satisfied* that its processes have been so abused that those very processes are precluded from attaining justice. Satisfaction in such a state of affairs existing must be more than a reasonable suspicion.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Wetmore a conclu que l'arrêt du juge Estey dans l'affaire *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, et celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (inf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 128), reconnaissent la provocation policière comme participant de la doctrine de l'abus de procédure et établissent qu'une suspension d'instance découlant d'une provocation policière dûment constatée n'est pas une «défense» au sens traditionnel du terme. Cette distinction entre «suspension» et «défense» a son importance au chapitre de la charge et de la norme de preuve. Le juge Wetmore a décidé que la charge de présentation revient à la partie qui demande la suspension, s'agissant de convaincre le tribunal, par prépondérance des probabilités, qu'il y a eu provocation policière, laquelle constitue un abus de procédure judiciaire. Il dit, à la p. 232:

[TRADUCTION] Demander au tribunal de refuser à l'une des parties—à l'État, représenté par la poursuite, ou à la défense—une décision sur leur différend exige que l'on convainque le tribunal que la procédure qui se déroule ne permettra pas de rendre justice selon la voie traditionnelle du procès public en bonne et due forme. Pour constater qu'il en est ainsi, il semble fondamental, pour un système judiciaire dans une société libre et démocratique, que le tribunal soit *convaincu* qu'on abuse de sa procédure, à un point tel que cette même procédure ne peut permettre de rendre justice. Pour arriver à la conviction qu'un tel état de choses existe, il faut plus qu'un soupçon raisonnable.

In Wetmore Co. Ct. J.'s view, the presumption of innocence until proven guilty beyond a reasonable doubt was not violated. He stated that this presumption applied at trial while a motion for a stay was to really determine whether the appellant would have a trial. It was not significant that in this case the motion came at the end of the proceeding: "What counsel is asking is that I stop the proceedings before a verdict. This amounts to aborting the trial" (p. 234). Wetmore Co. Ct. J.'s view of the nature of the entrapment claim may be discerned in the following passage, at p. 234:

This evidentiary burden is of great importance in the matter of entrapment because fundamental to any such finding is the conclusion that the accused had no disposition to commit the crime but succumbed to improper enticement by authorities of the state. As in all matters of the mental element in criminal matters, the state of mind usually comes from inferences from established facts. I must test those facts to say then which is more probable as to the accused's predisposition, not merely if something is rationally possible.

After reviewing the evidence, Wetmore Co. Ct. J. noted, at p. 237, that the appellant's evidence found support in the testimony of the police officers to some extent: "They agree that Momotiuuk was difficult to 'handle'" The stay was refused, however, because the appellant had not met the burden of proof. Wetmore Co. Ct. J. concluded, at p. 237:

In fairness to the accused, I should say that, if I were to decide this issue on the basis of the Crown having to negate entrapment beyond a reasonable doubt, I would have such a doubt.

I find, however, that it is far more probable that the accused became involved in this transaction for profit, rather than through persistent inducement and fear. Given his record and the alacrity with which he produced on seeing the \$50,000 in March 1980, I find it much more probable that he then saw a situation of profit and acted upon it. There is no doubt in my mind that the opportunity was made available through the tactics of the police and their agent, but that falls short

Dans l'optique du juge Wetmore, la présomption d'innocence, tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, n'a pas été violée. Il dit que cette présomption s'applique au procès, alors qu'une demande de suspension amène en réalité à décider si l'appelant aura un procès. Il importe peu qu'en l'espèce la demande ait été faite en clôture d'instance: [TRADUCTION] «ce que l'avocat demande, c'est que je suspende l'instance avant le verdict. Ce qui équivaut à faire avorter le procès» (à la p. 234). On peut déceler les vues du juge Wetmore sur la nature de l'allégation de provocation policière dans le passage suivant, à la p. 234:

[TRADUCTION] Cette charge de présentation revêt une grande importance en matière de provocation policière, parce qu'est fondamentale à toute constatation de ce genre la conclusion que l'inculpé n'était nullement disposé à commettre le crime, mais qu'il a succombé à l'incitation abusive des agents de l'État. Comme dans tous les cas où il s'agit de l'élément moral en matière criminelle, l'état d'esprit se déduit habituellement des faits établis. Je dois vérifier ces faits pour pouvoir dire alors ce qui est le plus probable, en ce qui concerne la prédisposition de l'inculpé, et non simplement si la chose est rationnellement possible.

Après examen de la preuve, le juge Wetmore note, à la p. 237, que le témoignage de l'appelant est, dans une certaine mesure, corroboré par celui des agents de police: «Ils conviennent que Momotiuuk était difficile à «manipuler»». La suspension a été refusée, néanmoins, parce que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve. Le juge Wetmore conclut, à la p. 237:

[TRADUCTION] Pour rendre justice à l'inculpé, je me dois de dire que, si je devais statuer sur ce point en me fondant sur l'obligation du ministère public de prouver l'absence de provocation policière hors de tout doute raisonnable, j'aurais un tel doute.

Je constate néanmoins qu'il est beaucoup plus probable que l'accusé s'est engagé dans cette transaction par vénalité plutôt qu'à la suite d'incitations persistantes et sous l'effet de la peur. Compte tenu de son dossier et de la célérité avec laquelle il a agi à la vue des 50 000 \$, en mars 1980, je juge qu'il est beaucoup plus probable qu'il ait vu là une occasion de profit et qu'il l'a saisie. Il n'y a pas de doute dans mon esprit que l'occasion lui a été fournie par les tactiques auxquelles ont eu recours les

of entrapping a person into the commission of an act that he had no intention of doing.

The British Columbia Court of Appeal held that having regard to this Court's decision in *Jewitt, supra*, and the opinion of several of the Justices in *Amato, supra*, entrapment is available in response to a criminal charge as an aspect of abuse of process but not as a substantive defence. It was further held that the determination of the existence of entrapment is a question of law to be decided by the trial judge. The appellant bore the onus of proof on a balance of probabilities, since an accused claiming entrapment is seeking to have the case disposed of on the basis of police misconduct as opposed to the merits.

Having decided the applicable legal issues, the Court of Appeal referred to the trial judge's conclusion that the appellant acted out of a desire for profit. Craig J.A. then stated at p. 183: "I think that the judge was right in concluding that there was no entrapment in this case." The appeal was therefore dismissed.

Position of the Parties

This appeal was heard at the same time as the appeal in *R. v. Showman*, [1988] 2 S.C.R. 893. The decision in *Showman* is also being delivered today. In his written argument the appellant in the present case, in addition to his own submissions, adopted those put forward by the appellant in *Showman*. The position of the respondent in both cases is identical in all material respects.

Appellant

The appellant asserts that there are two types of entrapment. The first is objective and involves an evaluation of police conduct in order to determine whether prosecution of the accused would amount to an abuse of the courts' process. It is submitted that this analysis is a question of law to be addressed by the trial judge. If objective entrapment is found, the proper remedy is a stay of proceedings. This is purely a question of police misconduct and as such is determined wholly independently of the accused's state of mind.

policiers et leurs agents, mais ce n'était pas là aller jusqu'à provoquer une personne à commettre un acte qu'elle n'avait pas l'intention de commettre.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que, compte tenu de l'arrêt *Jewitt*, précité, de cette Cour et de l'opinion de plusieurs juges dans l'affaire *Amato*, précitée, on peut invoquer la provocation policière en réponse à une inculpation criminelle, s'agissant d'un aspect de l'abus de procédure, mais non d'une défense au fond. Elle a en outre jugé que la constatation de la provocation policière est une question de droit sur laquelle doit statuer le juge du procès. La charge de la preuve, par prépondérance des probabilités, incombaît à l'appelant puisque l'inculpé qui invoque la provocation policière demande qu'on statue sur son cas sur le fondement de la conduite irrégulière de la police et non sur le fond.

Ayant statué sur les points de droit applicables, la Cour d'appel mentionne la conclusion du juge du procès, que l'appelant a agi par esprit de lucre. Le juge Craig dit alors à la p. 183: [TRADUCTION] «Je pense que le juge a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu provocation policière en l'espèce». L'appel a donc été rejeté.

La position des parties

Le pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. Showman*, [1988] 2 R.C.S. 893. L'arrêt *Showman*, est aussi rendu aujourd'hui. Dans son argumentation écrite, l'appelant en l'espèce, outre ses propres arguments, adopte ceux avancés par l'appelant dans l'affaire *Showman*. La position de l'intimée dans les deux affaires est identique en tous ses aspects pertinents.

L'appelant

L'appelant fait valoir qu'il existe deux formes de provocation policière. La première est objective et comporte une évaluation de la conduite de la police afin d'établir si poursuivre l'inculpé ne serait pas un abus de la procédure du tribunal. Il soutient que cette analyse est une question de droit que doit trancher le juge du procès. Si, objectivement, la provocation policière est constatée, le recours approprié est la suspension d'instance. C'est là purement une question de conduite irrégulière de la police et, à ce titre, elle est résolue tout à fait indépendamment de l'état d'esprit de l'inculpé.

The second type of entrapment is subjective and the focus is on the accused's state of mind. The test is whether the accused possesses the necessary predisposition to commit the crime; if he or she does not, then the element of *mens rea* is missing. This can exist, in the appellant's submission, even when the police are "blameless" in terms of the character of their conduct toward the accused.

The appellant draws an analogy to other excusing defences, such as necessity, which focus on the accused's response to a given set of facts. The appellant asserts that in subjective entrapment where the inquiry is on the accused's state of mind, like other *mens rea* issues, the question is one of fact to be decided by the jury. The onus would lie on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused was predisposed to commit the offence. In the result, the appellant submits his conviction should be quashed as the trial judge stated he had a reasonable doubt as to whether the appellant was entrapped.

Respondent

The respondent asserts that there is only one conception of entrapment and it is rooted in the doctrine of abuse of process. Entrapment is not a defence since the necessary *mens rea* will be present and the conduct of the accused will be neither excused nor justified. The respondent submits, however, that the test for determining whether or not there has been unlawful entrapment is an amalgam of subjective and objective tests: the defence is limited to situations where the conduct of the police has gone beyond permissible limits and the crime would not have been committed but for such activity. The police conduct must be, to use the respondent's phrase, the *causa sine qua non* of the offence.

With respect to procedural issues, the respondent asserts the question of entrapment is one of law to be decided by the trial judge. The onus would be

La seconde forme de provocation policière est subjective et l'on s'intéresse alors à l'état d'esprit de l'inculpé. Le critère consiste à se demander si l'inculpé possède la prédisposition nécessaire à commettre le crime; s'il ne la possède pas, l'élément de la *mens rea* manque alors. Ceci peut se produire, selon l'argument de l'appelant, même si les forces policières sont «exemptes de tout blâme» pour ce qui est de la moralité de leur conduite envers l'inculpé.

L'appelant fait une analogie avec d'autres défenses disculpatoires, telle la nécessité, où l'on s'intéresse à la réaction de l'inculpé à un ensemble donné de faits. L'appelant soutient que dans la provocation policière subjective, où l'investigation porte sur l'état d'esprit de l'inculpé, comme dans les autres cas où la *mens rea* est en cause, il s'agit d'une question de fait à être appréciée par le jury. La charge de la preuve hors de tout doute raisonnable que l'inculpé était prédisposé à commettre l'infraction revient au ministère public. En conclusion, l'appelant fait valoir que sa déclaration de culpabilité devrait être cassée puisque le juge du procès a dit avoir un doute raisonnable, quant à savoir si l'appelant avait été victime d'une provocation policière.

f L'intimée

L'intimée soutient qu'il n'y a qu'une seule conception de la provocation policière et que sa source se trouve dans la doctrine de l'abus de procédure. La provocation policière n'est pas un moyen de défense, puisque la *mens rea* nécessaire sera présente et que le comportement de l'inculpé ne sera ni excusable ni justifié. L'intimée fait valoir, toutefois, que le critère pour déterminer si oui ou non il y a eu provocation policière illicite est un amalgame de critères subjectifs et objectifs: la défense est limitée aux cas où la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable et où le crime n'aurait pas été commis n'eût été ce comportement. La conduite de la police doit être, pour reprendre l'expression de l'intimée, la *causa sine qua non* de l'infraction.

Pour ce qui est des questions de procédure, l'intimée fait valoir que la question de la provocation policière est une question de droit que doit

on the accused to establish on a balance of probabilities that the proceedings amounted to an abuse of the court's processes.

Analysis

I. The Context

One need not be referred to evidence to acknowledge the ubiquitous nature of criminal activity in our society. If the struggle against crime is to be won, the ingenuity of criminals must be matched by that of the police; as crimes become more sophisticated so too must be the methods employed to detect their commission. In addition, some crimes are more difficult to detect. As Chief Justice Laskin in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, explained at pp. 492-93:

Methods of detection of offences and of suspected offences and offenders necessarily differ according to the class of crime. Where, for example, violence or breaking, entering and theft are concerned, there will generally be external evidence of an offence upon which the police can act in tracking down the offenders; the victim or his family or the property owner, as the case may be, may be expected to call in the police and provide some clues for the police to pursue. When "consensual" crimes are committed, involving willing persons, as is the case in prostitution, illegal gambling and drug offences, ordinary methods of detection will not generally do. The participants, be they deemed victims or not, do not usually complain or seek police aid; that is what they wish to avoid. The police, if they are to respond to the public disapprobation of such offences as reflected in existing law, must take some initiatives.

The same point is made by Estey J. in *Amato, supra*, at p. 457. I would note that in addition to so-called "victimless" or "consensual" crimes, active law enforcement techniques may be used to combat crimes where there are victims, but those victims are reluctant to go to the police because of intimidation or blackmail, as may be the case with the offence of extortion. Further, some criminal conduct may go unobserved for a long time if the victims are not immediately aware of the fact that they have been the subject of criminal activity, in the case, for example, of commercial fraud and

trancher le juge du procès. Ce serait à l'inculpé que reviendrait la charge d'établir, par prépondérance des probabilités, que l'instance constitue un abus de procédure.

^a Analyse

I. Le contexte

Aucune preuve n'est nécessaire pour reconnaître b l'omniprésence de l'activité criminelle dans notre société. Si l'on veut vaincre le crime, l'ingéniosité des criminels doit se heurter à celle de la police; au fur et à mesure que les crimes deviennent plus subtils, de même doivent le devenir les méthodes c employées pour les dépister. En outre, certains crimes sont plus difficiles à détecter. Comme l'explique le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, aux pp. 492 et 493:

d Le mode de dépistage des actes criminels réels ou soupçonnés, et de leurs auteurs, varie nécessairement avec le genre de crime. Par exemple, lorsqu'il y a violence ou introduction par effraction et vol, il existe e généralement des preuves manifestes de l'infraction que la police peut utiliser pour retrouver les coupables; il est fréquent que la victime, sa famille ou le propriétaire du bien, selon le cas, appelle la police et lui fournit des indices facilitant son enquête. Lorsqu'il s'agit de crimes «consensuels», c'est-à-dire de crimes impliquant des personnes consentantes, comme dans le cas de la prostitution, des paris illégaux et de la drogue, les méthodes ordinaires ne suffisent plus. Les participants, qu'ils s'estiment lésés ou non, ne portent pas plainte et ne cherchent pas à obtenir le secours de la police; c'est justement ce qu'ils veulent éviter. Si la police veut réprimer g ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle doit prendre des initiatives.

h Le juge Estey soutient le même point de vue dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 457. Je note qu'outre les crimes dits «sans victime» ou «consensuels», des techniques actives peuvent être utilisées i pour faire respecter la loi et combattre des crimes qui font des victimes certes, mais des victimes qui hésitent à s'adresser à la police par suite d'intimidations ou de chantage, comme ce peut être le cas de l'infraction d'extorsion. De plus, un comportement criminel peut, s'il n'est découvert, se prolonger longtemps si les victimes ne se rendent pas compte immédiatement qu'elles ont été l'objet

also bribery of public officials. In general it may be said that many crimes are committed in secret and it is difficult to obtain evidence of their commission after the fact.

d'une activité criminelle, comme dans le cas, par exemple, de la fraude commerciale et aussi de la corruption d'officiers publics. En général, on peut dire que de nombreux crimes sont commis en secret et qu'il est difficile de réunir les preuves de leur perpétration après le fait.

Obviously the police must be given considerable latitude in the effort to enforce the standards of behaviour established in the criminal law. This has long been recognized by the common law (see R. Donnelly, "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091, at pp. 1091-92). Laskin C.J., in *Kirzner, supra*, noted at p. 493 that with respect to consensual crimes, the police employ a number of people and techniques:

They may, for example, use a spy, either a policeman or another person, to obtain information about a consensual offence by infiltration; they may make arrangements with informers who may be parties to offences on which they report to the police to enable the other parties to be apprehended; or the police may use decoys or themselves act under cover to provide others with the opportunity to commit a consensual offence or to encourage its commission. Going one step farther, the police may use members of their force or other persons to instigate the commission of an offence, planning and designing it *ab initio* to ensnare others.

There is a crucial distinction, one which is not easy to draw, however, between the police or their agents—acting on reasonable suspicion or in the course of a bona fide inquiry—providing an opportunity to a person to commit a crime, and the state actually creating a crime for the purpose of prosecution. The former is completely acceptable as is police conduct that is directed only at obtaining evidence of an offence when committed (see *Amato, supra, per Estey J.*, at p. 446). The concern is rather with law enforcement techniques that involve conduct that the citizenry cannot tolerate. In many cases the particular facts may constitute a classic example of what may be referred to as "entrapment" which has been described by an American judge as "the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who

b Manifestement, la police doit jouir d'une latitude considérable dans son effort pour faire respecter les normes de comportement établies par le droit criminel. La *common law* a reconnu cela depuis longtemps (voir R. Donnelly, «*Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs*» (1951), 60 *Yale L.J.* 1091, aux pp. 1091 et 1092). Le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Kirzner*, précité, rappelle à la p. 493 que, dans le cas des crimes consensuels, la police a recours à toutes sortes de gens et de techniques:

d Elle peut, par exemple, utiliser un espion, un policier ou quelqu'un d'autre, qui s'infiltre dans le milieu pour obtenir des renseignements sur une infraction consensuelle; la police peut s'entendre avec des indicateurs, qui participeront aux infractions et dénonceront les autres; *e* la police peut encore se servir d'imposteurs ou de ses propres agents secrets pour fournir à d'autres personnes l'occasion de commettre une infraction consensuelle ou pour encourager sa perpétration. La police peut aller plus loin et recourir à ses propres agents ou à d'autres personnes pour inciter des gens à commettre une infraction qu'elle aura organisée de toutes pièces et les prendre au piège.

g Il y a une distinction cruciale, qu'il n'est pas facile de faire néanmoins, entre la police ou ses agents qui, se fondant sur des soupçons raisonnables ou dans le cadre d'une véritable enquête, fournissent l'occasion de commettre un crime et l'État qui crée en fait de toutes pièces un crime *h* afin d'être en mesure de poursuivre. Le premier cas est tout à fait acceptable, la conduite de la police visant uniquement à réunir les preuves d'une infraction quand elle est commise (voir l'arrêt *Amato*, précité, le juge Estey, à la p. 446). Ce qui est préoccupant, ce sont plutôt les techniques d'application de la loi qui exigent une conduite que le citoyen ne saurait tolérer. Dans bien des cas, les faits de l'espèce constitueront un exemple classique de ce qu'on peut appeler une «provocation policière», décrite par un juge américain comme étant [TRADUCTION] «la conception et la planification

would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer" (*Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), at p. 454, *per* Roberts J., cited by Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, at p. 145).

II. *The Jurisprudence*

A: Canadian Developments

The defence of entrapment was considered by the Court in *Amato, supra*. The accused was convicted of two counts of trafficking in cocaine. The British Columbia Court of Appeal affirmed the convictions and a further appeal was dismissed by this Court, Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

Writing on behalf of himself, Martland, Beetz and Chouinard JJ., Dickson J. (as he then was) was of the view that assuming the defence of entrapment to be available it did not arise on the facts of the case (p. 464). He referred to the conclusions of the trial judge and the judges of the British Columbia Court of Appeal and stated, at p. 466:

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.

Ritchie J., writing for himself, was of the view that entrapment was available in defence to a charge in circumstances which he describes as follows, at p. 473:

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.

Although Ritchie J. was of the view that the record disclosed the police instigated the course of events and Amato was "simply an incidental factor necessarily employed by the police" to achieve the objective of locating drug sources (pp. 467-68), he

d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent» (*Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454, le juge

a Roberts, cité par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, à la p. 145).

II. *La jurisprudence*

b A: Développements au Canada

La Cour a examiné la défense de provocation policière dans son arrêt *Amato*, précité. L'inculpé avait été reconnu coupable de deux chefs de trafic de cocaïne. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait confirmé les déclarations de culpabilité et le pourvoi alors interjeté avait été rejeté par cette Cour, le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer étant dissidents.

Écrivant au nom des juges Martland, Beetz et Chouinard, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) tout en reconnaissant la possibilité d'une défense de provocation policière, était d'avis *c* qu'elle n'était pas justifiée par les faits de l'espèce (à la p. 464). Se référant aux conclusions du juge du procès et des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il ajoute à la p. 466:

Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l'affaire ont conclu à l'unanimité que les faits ne justifiaient 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.

d *g* Le juge Ritchie, qui a écrit sa propre opinion, était d'avis qu'il peut y avoir une défense de provocation policière dans certaines circonstances, qu'il décrit comme suit à la p. 473:

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

i Bien que le juge Ritchie ait été d'avis que le dossier révélait que la police avait provoqué les événements et qu'Amato n'avait été qu'un facteur accessoire que la police a nécessairement employé» en vue d'atteindre son objectif, localiser les sources de drogue (aux pp. 467 et 468), il ne pensait pas que le témoignage de l'inculpé était suffisant pour

did not think the accused's evidence was sufficient to support the claim of entrapment (p. 472):

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.

Estey J. writing for himself, Laskin C.J., McIntyre and Lamer JJ., also held that the defence of entrapment existed in Canadian law, not as a traditional substantive defence, but as an aspect of the abuse of process doctrine which enabled a court to enter a stay of proceedings in circumstances where allowing the accused to stand trial would offend the courts' sense of justice. On the facts, Estey J. concluded that the accused was entrapped and thus he would have allowed the appeal. Of importance for the purposes of the present appeal is the analytical approach set out by Estey J. which differs markedly from that found in the opinion of Ritchie J.

Estey J.'s opinion provides a summary of the doctrine of entrapment in the United States, Canada and the United Kingdom as it has emerged in the jurisprudence and as discussed in various proposals for law reform in these jurisdictions. I will refer to some of these developments later. The key parts of the judgment of Estey J. may be found at pp. 445-47 where he outlines the rationale and criteria for the application of the defence.

fonder la prétention de provocation policière (à la p. 472):

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 une 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. Ormerord*, [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.

Le juge Estey, écrivant au nom du juge en chef Laskin, des juges McIntyre et Lamer, a aussi conclu que la défense de provocation policière existait en droit canadien, non en tant que défense traditionnelle au fond, mais comme un aspect de la doctrine d'abus de procédure, qui autorise un tribunal à suspendre une instance lorsque permettre à l'inculpé de subir son procès offenserait le sens de la justice des tribunaux. Vu les faits, le juge Estey a conclu que l'inculpé avait été victime de provocation policière et, par conséquent, il aurait fait droit au pourvoi. Ce qui importe pour les fins du présent pourvoi, c'est la démarche analytique du juge Estey, qui diffère profondément de celle que l'on trouve dans l'opinion du juge Ritchie.

L'opinion du juge Estey nous fournit un résumé global de la doctrine de la provocation policière aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni, dégagée de la jurisprudence et analysée dans les diverses propositions de réforme du droit dans ces ressorts. Je me référerai à certains de ces développements ultérieurement. On trouvera le cœur de l'opinion du juge Estey aux pp. 445 à 447, où il expose la raison et les critères de l'application de la défense.

At the outset, Estey J. explained that entrapment is not actually a "defence" in the traditional sense of the term. Earlier in his reasons, Estey J. had referred to s. 7(3) of the *Criminal Code* as a possible source for the recognition of the defence of entrapment in criminal law. Section 7(3) provides:

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.

It appears, however, from the following passage that Estey J. did not think the true source for recognition of the entrapment claim lay in s. 7(3) of the *Code*; rather, it arose from the inherent jurisdiction of a court to protect itself from an abuse of its own processes. As such, entrapment cannot be said to be a substantive defence (p. 445):

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

Au départ, le juge Estey explique que la provocation policière n'est pas vraiment une «défense» au sens traditionnel du terme. Précédemment, dans ses motifs, le juge Estey s'était référé au par.

a 7(3) du *Code criminel* en tant que source éventuelle de reconnaissance de la défense de provocation policière en droit criminel. Le paragraphe 7(3) porte:

b 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 c 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.

d Cependant le passage suivant montre que le juge Estey ne pensait pas que la véritable source de la reconnaissance de la provocation policière est le par. 7(3) du *Code*; elle réside plutôt dans le pouvoir inhérent à tout tribunal de se prémunir contre tout abus de ses procédures. À ce titre, la provocation policière ne saurait être considérée comme une défense au fond (à la p. 445):

Même si les textes juridiques et parfois les tribunaux f 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 g n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut h de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet. L'application de la doctrine i 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 j 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

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*. [Emphasis added.]

I would note at this point that I too will refer to the recognized doctrine as the 'defence of entrapment' for the same reasons given by Estey J. Later in the opinion, Estey J. stated at p. 447 that the root of the defence was the same as that for the exclusion of involuntary confessions: "The integrity of the criminal justice system demands the rule". In terms of the constituent elements of the defence, Estey J. stated at p. 446:

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.

In addition, Estey J. noted that whether or not the police had a reasonable suspicion that the accused would commit the offence without inducement was relevant in the assessment of police conduct, but that "By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence" (p. 446).

Following a discussion of Canadian jurisprudence respecting the power of a court to control an abuse of its own processes, which discussion is now largely superceded by this Court's authoritative pronouncement in *Jewitt, supra*, Estey J. concluded that a court was entitled to enter a stay of proceedings on the basis of entrapment and this remedy was more appropriate than directing a

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*. [Je souligne.]

a On notera ici que je me référerai aussi à la doctrine reconnue comme étant celle de la «défense de provocation policière», pour les mêmes raisons que le juge Estey. Plus loin dans son opinion, le b juge Estey dit, à la p. 447, que le fondement de la défense est le même que dans le cas de l'exclusion des confessions involontaires: «L'intégrité du système de justice criminelle impose cette règle». c Quant aux éléments constitutifs de la défense, le juge Estey déclare à la p. 446:

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 d 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 e 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.

g En outre, le juge Estey note que la question de savoir si la police avait un soupçon raisonnable que l'inculpé commettrait l'infraction sans incitation joue un rôle dans l'évaluation de la conduite de la h police, mais que, «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» (à la p. 446).

i Après une analyse de la jurisprudence canadienne sur le pouvoir d'un tribunal d'empêcher qu'on abuse de ses procédures, analyse aujourd'hui en grande partie caduque par suite de l'arrêt de principe rendu par cette Cour dans l'affaire *Jewitt*, précitée, le juge Estey conclut qu'un tribunal peut suspendre une instance pour cause de provocation

dismissal or ordering that the charge be quashed (pp. 456-57).

Throughout the opinion and in particular at the conclusion, Estey J. acknowledges the role of policy in this area of law. Before turning to an application of the law to the evidence, Estey J. commented at p. 463:

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 analyzed and debated in the courts and by judicial writers.

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.

This Court was again faced with the issue of entrapment, in an indirect manner, in *Jewitt, supra*. In *Jewitt* the narrow issue was whether a judicially imposed stay of proceedings was tantamount to a "judgment or verdict of acquittal of a trial court" from which the Crown was entitled to launch an appeal under s. 605(1)(a) of the *Code*. This Court held that the Crown was entitled to appeal from a stay. The accused had been charged with trafficking in a narcotic but the jury found there was entrapment and the trial judge directed that the proceedings be stayed. Before the Court of Appeal, the Crown alleged the defence was not available to the accused and the trial judge erred in his instruction to the jury as to what constitutes entrapment. It was also alleged that the trial judge erred in instructing the jury that the onus lay on the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there was no entrapment.

A majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal for want of jurisdic-

policière et que cela vaut mieux que d'accuser ou de casser l'inculpation (aux pp. 456 et 457).

Tout au long de son opinion et notamment en conclusion, le juge Estey reconnaît le rôle de la politique générale adoptée dans ce domaine du droit. Avant d'apprécier la preuve au regard du droit, le juge Estey fait le commentaire suivant à la p. 463:

b 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.

d 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.

Cette Cour a à nouveau été saisie de la question de la provocation policière, de manière indirecte, dans l'affaire *Jewitt*, précitée, où la question précise était de savoir si une suspension judiciaire d'instance équivaut à un «jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance» dont le ministère public peut interjeter appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code*. Cette Cour a jugé que le ministère public pouvait former appel contre une suspension. L'accusé avait été inculpé de trafic de stupéfiants, mais le jury avait jugé qu'il y avait eu provocation policière et le juge du procès a ordonné la suspension d'instance. Devant la Cour d'appel, le ministère public a allégué que l'accusé ne pouvait se prévaloir de cette défense et que le juge du procès avait mal instruit le jury sur ce qui constitue la provocation policière. Le juge du procès aurait aussi eu tort de donner comme directive au jury que le ministère public avait la charge d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait pas eu provocation policière.

j La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a rejeté l'appel, se jugeant incompe-

tion. Anderson J.A. thought the Court of Appeal had jurisdiction but would have dismissed the appeal in any event. In this Court it was held that firstly, a trial judge had the discretion to enter a stay of proceedings for abuse of process and secondly, a stay in the circumstances of the case at bar amounted to a judgment or verdict of acquittal and thus was subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. (Section 605 has since been amended to provide expressly for this avenue of appeal, see: *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 137(2).)

In the course of giving reasons on behalf of a unanimous Court, Dickson C.J. explained, at p. 145, that the question of abuse of process was not one of fact alone and cited the definition of entrapment referred to earlier:

Staying proceedings on the basis of abuse of process, and in particular, on the basis of the defence of entrapment, in my view, amounts to a decision on a complex question of law and fact. Entrapment has been defined as the conception and planning of an offence by a law enforcement 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; see *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932) at p. 454. This is more than a mere procedural defect. [Emphasis added.]

This Court was of the view that in determining whether a stay in such circumstances amounted to an acquittal it was important to put substance over form. Dickson C.J. referred to Anderson J.A.'s point that an absurd result would follow if a dismissal of a charge on the ground of abuse of process gave rise to an appeal, but an entry of a stay on the same basis would not. In the same manner it would not be rational to permit an appeal from a stay entered because of a *Charter* violation, but to deny an appeal for a stay arising from a finding of abuse of process because of entrapment (pp. 146-48).

In allowing the appeal on the ground that the British Columbia Court of Appeal erred in its

tente. Le juge Anderson pensait que la Cour d'appel était compétente, mais il aurait rejeté l'appel de toute façon. En cette Cour, il a été jugé que, premièrement, le juge du procès jouissait du pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance pour abus de procédure et, deuxièmement, qu'une suspension, dans les circonstances de l'espèce, équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement et que, par conséquent, elle pouvait faire l'objet d'un b appel du ministère public sur le fondement de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. (L'article 605 a depuis été modifié afin de prévoir expressément cette voie d'appel, voir: *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, par. 137(2).)

Dans le cours de ses motifs, au nom de la Cour unanime, le juge en chef Dickson explique à la p. 145 que la question de l'abus de procédure n'est d pas purement une question de fait, et il cite la définition de la provocation policière mentionnée antérieurement:

f La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait. La provocation policière a été définie comme la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent; voir *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454. C'est plus qu'un simple vice de procédure. [Je souligne.]

g Cette Cour a été d'avis que, pour décider si une suspension dans de telles circonstances équivaut à un acquittement, il importait de ne pas sacrifier le fond à la forme. Le juge en chef Dickson se réfère à l'argument du juge Anderson, qu'il serait h absurde que le rejet d'une inculpation pour cause d'abus de procédure donne ouverture à un appel mais qu'une suspension, sur le même fondement, n'y donne pas ouverture. De la même manière, il i ne serait pas rationnel d'autoriser un appel contre une suspension pour violation de la *Charte*, mais de rejeter un appel contre une suspension pour cause d'abus de procédure en raison d'une provocation policière (aux pp. 146 à 148).

j En accueillant le pourvoi parce que la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur

decision that it lacked jurisdiction, this Court declined to address the other grounds of appeal which I referred to earlier. These arguments were remitted to the Court of Appeal for hearing and determination. I have been unable to locate any further decisions reporting those proceedings.

B: American Developments

The history of developments in the United States has been referred to by Laskin C.J. in *Kirzner, supra*, and canvassed by Estey J. in *Amato, supra*. I find it necessary however to repeat this history for the purposes of the present appeal because of the intervening event of the *Charter* in Canadian law, and because I am not sure the problems associated with the subjective or predisposition method were fully addressed earlier. Further, the emergence of the due process defence has not been explained. As a result, the decisions of the United States Supreme Court will have to be reviewed at some length. I would, however, sound a note of caution before turning to the American jurisprudence. While much of which has been said in the American courts and by academic writers is extremely useful, the context of the American experience and allocation of power between the executive and judicial branches, and between the federal and state courts, must not be ignored. Nor would it be safe to forget that the federal courts have a limited jurisdiction in the United States. The defence of entrapment is especially complicated because it is not grounded in the American Constitution and the various states are free to follow whatever approach they want. Some states adopt a subjective test while others adopt an objective one and some use a combination of the two. There is also considerable variation in the procedural rules associated with the determination of an entrapment allegation. I have confined my summary to the decisions of the Supreme Court to avoid confusion.

In dealing with the issue of improper law enforcement techniques we are obviously not restricted in our analysis to the approaches fol-

son défaut de compétence était mal fondée, cette Cour a refusé de se prononcer sur les autres moyens de pourvoi déjà mentionnés. Elle en saisisait à nouveau la Cour d'appel, qui devait statuer sur ceux-ci après audition. Je n'ai pu découvrir aucune décision ultérieure rapportant cette instance.

B: Développements aux États-Unis

^b Le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Kirzner*, précité, rappelle l'histoire des développements jurisprudentiels du concept aux États-Unis et le juge Estey procède à leur analyse dans l'arrêt *Amato*, précité. J'estime nécessaire néanmoins de réexposer cette histoire pour les fins du pourvoi, en raison de l'incidence de la *Charte* en droit canadien et aussi parce que je ne suis pas certain que les problèmes liés à la méthode subjective, ou ^d prédisposition, ont été suffisamment examinés précédemment. De plus, l'apparition de la défense de l'application régulière de la loi n'a pas été expliquée. Il s'ensuit que les arrêts de la Cour suprême des États-Unis devront être examinés en profondeur. Je désire néanmoins, avant de me tourner vers la jurisprudence américaine, rappeler la prudence qui s'impose dans ce cas. Si beaucoup de ce que la doctrine et les tribunaux américains ont dit peut se révéler extrêmement utile, le contexte de l'expérience américaine, le partage des pouvoirs exécutif et judiciaire et le partage des compétences entre les tribunaux fédéraux et d'États, ne doivent pas être méconnus. Il serait imprudent aussi d'oublier que les tribunaux fédéraux n'ont qu'une compétence limitée aux États-Unis. La défense de provocation policière y est particulièrement complexe, parce qu'elle n'est pas fondée sur la Constitution américaine et que les divers États sont libres ^g de suivre l'orientation qu'ils veulent. Certains États ont adopté un critère subjectif, d'autres un critère objectif et, certains, un critère mixte, combinant les deux. Il y a aussi variation considérable ⁱ des règles de procédure associées à l'examen d'une allégation de provocation policière. Je vais limiter mon résumé aux décisions de la Cour suprême pour éviter la confusion.

^j En traitant de la question des techniques irrégulières employées pour faire respecter la loi, nous ne sommes, de toute évidence, pas restreints dans

lowed in the American courts. Nonetheless, it would be to our own detriment not to seriously consider the jurisprudence in the United States Supreme Court as the Justices of that Court have fully engaged themselves in a vigorous debate which allows us to consider with an open mind the advantages and disadvantages of each of the approaches articulated in these judgments.

notre analyse aux façons d'aborder le problème adoptées par les tribunaux américains. Néanmoins, ne pas étudier sérieusement la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis serait à notre propre détriment, les juges de cette Cour s'étant pleinement engagés dans un débat vigoureux qui nous permet de considérer avec une grande ouverture d'esprit les avantages et les désavantages de chacune des façons d'aborder le problème dans ces arrêts.

A review of the leading decisions of the Supreme Court of the United States indicates that there are three main approaches to the issue of impermissible law enforcement techniques. The three have been generally referred to as the "subjective", favoured by a majority of the Court; the "objective", consistently favoured by a minority; and more recently, the "due process" defence, the support for which is somewhat unclear. Each of these will be examined in turn by reference to the following decisions: *Sorrells v. United States*, *supra*; *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973); and *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

A successful entrapment defence under the subjective approach has two components: government inducement and a lack of predisposition on the part of the accused to engage in the criminal conduct. This view was first enunciated in *Sorrells, supra*, implicitly reaffirmed by the majority in *Sherman, supra*, and expressly reaffirmed in *Russell, supra*.

In *Sorrells, supra*, a government agent posing as a tourist visited the home of the accused. He asked twice if the accused would obtain alcohol for him, but the accused refused. The agent then engaged the defendant in a conversation relating to their shared war experiences and, after securing the accused's trust, asked again if alcohol could be obtained. The accused finally acceded to the request and was charged with a violation of the *National Prohibition Act*.

Un examen des décisions de principe de la Cour suprême des États-Unis révèle trois façons principales d'aborder la question des techniques irrégulières employées pour faire respecter la loi. En général, on a qualifié ces trois orientations de conception «subjective», que favorise une majorité de juges de la Cour; de conception «objective», qu'a toujours favorisée la minorité; et, plus récemment, de défense «d'application régulière de la loi», dont on ne sait trop qui la préconise. Je les étudierai tour à tour en me reportant aux arrêts suivants: *Sorrells v. United States*, précité, *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973) et *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

Une défense efficace de provocation policière selon la conception subjective a deux composantes: l'incitation du gouvernement et l'absence de prédisposition ou de propension de l'inculpé à faire preuve d'un comportement criminel. Cette opinion a d'abord été énoncée dans l'arrêt *Sorrells*, précité, tacitement réaffirmé par la majorité dans l'arrêt *Sherman*, précité, et expressément réaffirmé dans l'arrêt *Russell*, précité.

Dans l'affaire *Sorrells*, précitée, un agent du gouvernement se présentant comme un touriste avait rendu visite au prévenu chez lui. À deux reprises, il avait demandé au prévenu de lui obtenir de l'alcool, mais le prévenu avait refusé. L'agent a alors fait porter la conversation sur leurs souvenirs de guerre réciproques puis, après avoir gagné sa confiance, lui a demandé à nouveau si l'on pouvait se procurer de l'alcool. Le prévenu a finalement accédé à sa demande et a été inculpé de violation du *National Prohibition Act*.

The Court held (McReynolds J. dissenting), that the accused had been entrapped, but the views of the majority and the minority differ sharply on the conceptual basis of the defence, and the manner in which a court should consider a claim. The same division of opinion appears in *Sherman, supra*, although again both the majority and minority agreed there had been entrapment as a matter of law. In *Sherman, supra*, a government informer came into contact with the accused at a doctor's office where the accused was being treated for a narcotic addiction. There were several accidental meetings thereafter and the two eventually began discussing their presumed common illness and efforts to be cured. The informer, asserting he was not responding to treatment, asked the accused if he knew of a source for narcotics. The accused attempted to avoid the issue but after many repeated requests predicated on the informer's alleged suffering, the accused obtained narcotics and was subsequently charged. Since the opinions of the majority and minority are similar in *Sorrells, supra*, and *Sherman, supra*, I find it convenient to deal with both decisions at the same time.

The majority states that the function of law enforcement does not include the manufacture of crime; rather it is to be directed at the prevention of crime and the apprehension of criminals (*Sherman, supra*, at p. 372). To this end, the government is entitled to afford opportunities or facilities for the commission of an offence and in so doing may employ artifice, stealth and strategy. However,

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.

(*Sorrells, supra*, at p. 442, cited in *Sherman, supra*, at p. 372, and again in *Russell, supra*, at pp. 434-35).

In *Sorrells, supra*, the majority were clearly wary of relying on any inherent jurisdiction or

La Cour a jugé (le juge McReynolds étant dissident) que le prévenu avait été victime d'une provocation policière, mais les vues de la majorité et celles de la minorité diffèrent profondément sur a le fondement conceptuel de la défense et sur la manière dont un tribunal devrait la considérer. Le même partage d'opinions se retrouve dans l'arrêt *Sherman*, précité, quoique, ici encore, tant la majorité que la minorité aient convenu qu'il y b avait eu provocation policière en droit. Dans l'affaire *Sherman*, précitée, un indicateur du gouvernement avait pris contact avec l'accusé chez le médecin où celui-ci se faisait traiter pour narcomanie. Ont suivi plusieurs rencontres accidentnelles, tous deux finissant par se faire des confidences sur leur supposée affliction commune et leurs efforts pour se soigner. L'indicateur, prétextant qu'il ne répondait pas au traitement, a demandé à l'accusé c s'il savait où se procurer des stupéfiants. L'accusé d a tenté d'éviter la question mais, après plusieurs demandes répétées, cautionnées par les prétendues souffrances de l'indicateur, l'accusé s'est procuré des stupéfiants et a été subseqüemment inculpé. e Comme les opinions de la majorité et celles de la minorité sont demeurées les mêmes dans l'arrêt *Sorrells* et dans l'arrêt *Sherman*, précités, il m'a semblé plus commode de traiter des deux arrêts en même temps.

La majorité dit que la fonction qui consiste à faire respecter la loi ne saurait comporter l'élaboration d'un crime; elle vise plutôt la prévention du crime et l'arrestation des criminels (*Sherman*, précité, à la p. 372). À cette fin, le gouvernement est autorisé à créer les occasions, ou à fournir les moyens, de commettre une infraction et, ce faisant, à avoir recours à des artifices, à de la stratégie et à h agir subrepticement. Toutefois,

[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 i commettre pour pouvoir intenter des poursuites.

(Arrêt *Sorrells*, précité, à la p. 442, cité dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 372 et à nouveau dans l'arrêt *Russell*, précité, aux pp. 434 et 435.)

Dans l'arrêt *Sorrells*, précité, la majorité a manifestement évité de se fonder sur quelque com-

supervisory power which could empower the Court to shield an accused from prosecution for an offence which was the "creative activity" (p. 451) of the government. To justify the Court's interference in the prosecution they invoked a rule of statutory construction against the literal interpretation of statutes where it would result in flagrant injustice or absurd consequences. Hughes C.J., on behalf of the majority in *Sorrells, supra*, explained at p. 448:

pétence inhérente ou quelque pouvoir de contrôle qui aurait permis à la Cour de mettre un inculpé à l'abri de toute poursuite pour une infraction qui ne résultait que de [TRADUCTION] «l'activité créatrice» (à la p. 451) du gouvernement. Pour justifier la Cour de mettre fin à la poursuite, ils ont invoqué une règle d'interprétation non littérale des lois lorsque l'interprétation littérale causerait une injustice flagrante ou entraînerait des conséquences absurdes. Le juge en chef Hughes, au nom des juges de la majorité, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, explique à la p. 448:

[TRADUCTION] 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. Nous ne sommes pas forcés par la lettre à faire violence à l'esprit et à l'objet de la loi.

(Voir aussi *Sherman, supra*, à la p. 372, et *Russell, supra*, à la p. 435.)

In deciding whether an accused was "otherwise innocent" the majority in *Sorrells, supra*, stated at pp. 451-52 that the "predisposition and criminal design" of the accused were relevant:

Pour décider si l'inculpé était [TRADUCTION] «par ailleurs innocent», la majorité des juges, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, dit aux pp. 451 et 452 que [TRADUCTION] «la prédisposition et le dessein criminel» de l'inculpé importent:

[TRADUCTION] Le gouvernement, dans un tel cas, n'est pas en mesure de s'opposer à la preuve des activités de ses représentants relativement à l'inculpé, et si le défendeur recherche un acquittement pour raison de provocation policière, il ne peut se plaindre d'une investigation appropriée et approfondie de son propre comportement et de sa prédisposition parce qu'en rapport avec cette question. Si, en conséquence, il en subit un désavantage, il se l'est lui-même attiré en raison de la nature de la défense.

La majorité des juges dans l'arrêt *Sherman*, précité, adhère à cette conception, expliquant en outre qu'en décidant s'il y a provocation policière [TRADUCTION] «il faut tracer la démarcation entre le piège tendu à l'innocent imprudent et le piège tendu au criminel imprudent» (à la p. 372).

Les opinions minoritaires dans les arrêts *Sorrells*, précité, et *Sherman*, précité, ont pour auteur les juges Roberts et Frankfurter respectivement. Dans les deux cas, le recours aux règles d'interpré-

The Government in such a case is in no position to object to evidence of the activities of its representatives in relation to the accused, and if the defendant seeks acquittal by reason of entrapment he cannot complain of an appropriate and searching inquiry into his own conduct and predisposition as bearing upon that issue. If in consequence he suffers a disadvantage, he has brought it upon himself by reason of the nature of the defense.

The majority in *Sherman, supra*, adhered to this approach and further explained that in deciding whether there has been entrapment "a line must be drawn between the trap for the unwary innocent and the trap for the unwary criminal" (p. 372).

The minority judgments in *Sorrells, supra*, and *Sherman, supra*, were authored by Roberts and Frankfurter JJ. respectively. In both cases the statutory construction approach is severely criti-

cized as "strained and unwarranted" (*Sorrells, supra*, at p. 456) and "sheer fiction" (*Sherman, supra*, at p. 379). The minority argue that the acts of the accused fall clearly within the statute because he or she has engaged in conduct that is prohibited and all of the elements of the offence have been met (*Sorrells, supra*, p. 456; *Sherman, supra*, p. 379). In *Sorrells, supra*, Roberts J. stated, at p. 456:

Viewed in its true light entrapment is not a defense to him; his act, coupled with his intent to do the act, brings him within the definition of the law; he has no rights or equities by reason of his entrapment. It cannot truly be said that entrapment excuses him or contradicts the obvious fact of his commission of the offense.

Frankfurter J. makes the further point in *Sherman, supra*, at p. 380, that viewing entrapment as going to the innocence of the accused ignores the anomaly that the defence is not available to one who is induced by a private individual into committing an offence:

If [the defendant] is to be relieved from the usual punitive consequences, it is on no account because he is innocent of the offense described. In these circumstances, conduct is not less criminal because the result of temptation, whether the tempter is a private person or a government agent or informer.

The minority assert that the recognition of the defence rests instead on public policy considerations. As stated by Roberts J. in *Sorrells, supra*, at p. 457:

The doctrine rests, rather, on a fundamental rule of public policy. 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 court has an obligation, with the power derived from its inherent jurisdiction, to refuse to lend its processes and effectuate the enforcement of the law by "lawless means or means that violate rationally vindicated standards of justice" (*Sher-*

*tation des lois est sévèrement critiqué comme étant [TRADUCTION] «forcé et injustifié» (*Sorrells*, précité, à la p. 456) et [TRADUCTION] «de la pure fiction» (*Sherman*, précité, à la p. 379). La minorité soutient que les actes de l'inculpé sont clairement visés par la loi, parce qu'il a fait preuve d'un comportement prohibé et que tous les éléments de l'infraction sont réunis (*Sorrells*, précité, à la p. 456; *Sherman*, précité, à la p. 379). Dans l'arrêt *Sorrells*, précité, le juge Roberts dit à la p. 456:*

[TRADUCTION] Vue sous son véritable jour, la provocation policière n'est pas pour lui une défense; son acte, joint à son intention de l'accomplir, le fait tomber sous le coup de la loi; il n'acquiert aucun droit, légal ou moral, en raison de la provocation policière dont il est victime. On ne peut dire en vérité que la provocation policière l'excuse ni qu'elle contredit le fait manifeste qu'il a commis l'infraction.

d Le juge Frankfurter fait en outre observer dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 380, que considérer que la provocation policière peut innocentier l'inculpé c'est oublier, étrange anomalie, que celui qui est incité par une personne privée à commettre une infraction ne peut pas invoquer ce moyen de défense:

[TRADUCTION] Si [le défendeur] doit échapper aux conséquences pénales habituelles, ce n'est nullement parce qu'il est innocent de l'infraction décrite. Dans ces circonstances, un comportement n'est pas moins criminel parce qu'il résulte de la tentation, que le tentateur soit une personne privée, un agent du gouvernement ou un indicateur.

g La minorité soutient que la reconnaissance de la défense se fonde plutôt sur des considérations d'ordre public. Comme le dit le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, précité, à la p. 457:

h [TRADUCTION] La doctrine repose, plutôt, sur une règle fondamentale d'ordre public. 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.

Le tribunal a l'obligation, de par le pouvoir qu'elle tient de sa compétence inhérente, de refuser de laisser utiliser sa procédure et d'appliquer la loi [TRADUCTION] «par des moyens illégaux ou par des moyens qui enfreignent des normes de justice

man, supra, at p. 380). Frankfurter J. asserted that the concerns raised by an entrapment case extend beyond the particular accused (*Sherman, supra*, at p. 380):

Public confidence in the fair and honorable administration of justice, upon which ultimately depends the rule of law, is the transcending value at stake.

Having established the theoretical underpinnings to its version of the entrapment claim, the minority conclude that the central question in each case is “whether the police conduct . . . falls below standards, to which common feelings respond, for the proper use of government power” (*Sherman, supra*, at p. 382). The minority in *Sherman* advocated an objective test in answering the above question. The government was fully entitled to act in such a manner as to detect those engaged in criminal conduct and ready and willing to engage in further crimes should the occasion arise, and the state may offer inducements that were likely to attract those people. What the government was prohibited from doing is offering inducements to “others who would normally avoid crime and through self-struggle resist ordinary temptations” (p. 384). The advantage of this approach is described by Frankfurter J. as follows, at p. 384:

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, and will give guidance in regulating police conduct that is lacking when the reasonableness of police suspicions must be judged or the criminal disposition of the defendant retrospectively appraised.

In terms of factors which would be relevant to this analysis, Frankfurter J., at pp. 384-85, referred to the following: the setting in which the inducements occurred, the nature of the crime, its secrecy and difficulty of detection, and the manner

qui se justifient rationnellement» (*Sherman*, précité, à la p. 380). Le juge Frankfurter soutient qu'une affaire de provocation policière met en jeu des considérations qui dépassent l'inculpé en cause ^a (*Sherman*, précité, à la p. 380):

[TRADUCTION] La confiance du public dans l'administration impartiale et honorable de la justice, dont dépend en définitive le principe de légalité, est la valeur transcendante en jeu.

Ayant établi les fondements théoriques de sa version de la provocation policière, la minorité conclut que la question centrale, dans chaque cas, est de savoir [TRADUCTION] «si la conduite de la police [...] est en deçà des normes qui constituent un consensus à l'égard de l'utilisation à bon escient du pouvoir du gouvernement» (*Sherman*, précité, à la p. 382). La minorité, dans l'arrêt *Sherman*, a ^b plaidé en faveur d'un critère objectif en réponse à la question qui précède. Le gouvernement est pleinement justifié d'agir de façon à pouvoir déceler ceux qui ont un comportement criminel, qui sont prêts et désireux de commettre d'autres crimes lorsque l'occasion s'en présente, et l'État peut leur offrir les incitations susceptibles de les attirer. Ce qu'il était interdit au gouvernement de faire, c'était d'entraîner par ses incitations [TRADUCTION] «ceux qui normalement évitent le crime et qui, par discipline, résistent aux tentations ordinaires» (à la p. 384). L'avantage de cette démarche est décrit par le juge Frankfurter en ces termes à la p. 384:

^c [TRADUCTION] 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.

^d C'est un critère aussi objectif que le permet le sujet, et qui servira de guide régulateur de la conduite de la police, laquelle est absente lorsqu'il faut juger si les soupçons des policiers sont raisonnables ou qu'il faut évaluer rétrospectivement la propension au crime du défendeur.

Pour ce qui est des facteurs qui seraient pertinents dans cette analyse, le juge Frankfurter mentionne aux pp. 384 et 385 les suivants: le cadre dans lequel les incitations ont été faites, la nature du crime, le secret l'entourant et la difficulté de le

in which the particular criminal activity is usually carried out.

The minority finds the majority's reliance on the origin of intent quite misplaced because in their view, "in every case of this kind the intention that the particular crime be committed originates with the police, and without their inducement the crime would not have occurred" (*Sherman, supra*, p. 382). The minority have particular disdain for the majority's reliance on the predisposition of the accused because in their view it is an incoherent and unprincipled basis upon which to allow for a difference in the treatment of two accused. Roberts J. in *Sorrells, supra*, explained at pp. 458-59:

Whatever may be the demerits of the defendant or his previous infractions of law these will not justify the instigation and creation of a new crime, as a means to reach him and punish him for his past misdemeanors. He has committed the crime in question, but, by supposition, only because of instigation and inducement by a government officer. To say that such conduct by an official of government is condoned and rendered innocuous by the fact that the defendant had a bad reputation or had previously transgressed is wholly to disregard the reason for refusing the processes of the court to consummate an abhorrent transaction. It is to discard the basis of the doctrine and in effect to weigh the equities as between the government and the defendant when there are in truth no equities belonging to the latter, and when the rule of action cannot rest on any estimate of the good which may come of the conviction of the offender by foul means. The accepted procedure, in effect, pivots conviction in such cases, not on the commission of the crime charged, but on the prior reputation or some former act or acts of the defendant not mentioned in the indictment.

In *Sherman, supra*, Frankfurter J. repeated this criticism and elaborated upon it in the following passage 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

déceler, et le mode d'exercice habituel de l'activité criminelle particulière.

La minorité estime particulièrement déplacé de la part de la majorité de se fonder sur l'origine de l'intention puisque, à son avis, [TRADUCTION] «dans chaque cas de ce genre, l'intention de commettre le crime en cause a pour origine les policiers et, sans leur incitation, le crime n'aurait pas eu lieu» (*Sherman*, précité, p. 382). La minorité a particulièrement du dédain pour le recours de la majorité à la prédisposition de l'inculpé, parce qu'à son avis c'est là un fondement illogique et contraire à tout principe que de se permettre de traiter différemment deux inculpés. Le juge Roberts, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, explique aux pp. 458 et 459:

[TRADUCTION] Quels que puissent être les démerites du défendeur ou ses précédentes infractions à la loi, ils ne sauraient justifier l'instigation d'un nouveau crime ni son élaboration, comme moyen de l'atteindre et de le sanctionner pour ses méfaits passés. Il a commis le crime en question, mais, suppose-t-on, seulement à l'instigation et à l'incitation d'un agent du gouvernement. Dire qu'un tel comportement de la part d'un agent du gouvernement est acceptable et qu'il est rendu inoffensif par le fait que le défendeur avait mauvaise réputation ou a antérieurement transgressé la loi, c'est ne tenir aucun compte de la raison du refus de la procédure judiciaire consacrer une tractation répugnante. C'est ne tenir aucun compte du fondement de la doctrine et, en fait, c'est mettre en balance les consciences du gouvernement et du défendeur, alors qu'en vérité aucun droit moral ne saurait être reconnu à ce dernier et alors que la règle de comportement ne saurait reposer sur une quelconque évaluation du bien pouvant ressortir d'une déclaration de culpabilité à l'endroit du délinquant obtenue par des moyens déloyaux. Selon la procédure acceptée, en fait, l'obtention d'une déclaration de culpabilité se joue, dans ces cas, non sur la perpétration du crime visé par l'inculpation, mais sur la réputation antérieure ou sur un ou des actes antécédents du défendeur que ne mentionne pas l'acte d'accusation.

i Dans l'arrêt *Sherman*, précité, le juge Frankfurter reprend cette critique et l'examine plus en détail dans le passage suivant 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

been convicted before and is said to have a criminal disposition. No more does it vary according to the suspicions, reasonable or unreasonable, of the police concerning the defendant's activities. Appeals to sympathy, friendship, the possibility of exorbitant gain, and so forth, can no more be tolerated when directed against a past offender than against an ordinary law-abiding citizen. A contrary view runs afoul of fundamental principles of equality under law, and would espouse the notion that when dealing with the criminal classes anything goes. The possibility that no matter what his past crimes and general disposition the defendant might not have committed the particular crime unless confronted with inordinate inducements, must not be ignored. Past crimes do not forever outlaw the criminal and open him to police practices, aimed at securing his repeated conviction, from which the ordinary citizen is protected.

As a result of the majority decisions in *Sorrells* and *Sherman*, the subjective approach was followed in the federal courts. However, an attempt had been made by some of the Circuit Courts to allow an entrapment claim even when the predisposition of the accused had been established (see: *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971), and *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971)). In *Russell, supra*, this trend was reversed to some extent. *Russell* was the first entrapment case in which the Court was divided on the result, as well as on the doctrinal foundation of the defence. *Russell* also signalled a movement towards recognizing a due process defence.

In *Russell* the government agent, assigned to locate a laboratory where it was thought methamphetamine was being made illegally, told the accused he represented an association interested in controlling the manufacture and sale of methamphetamine. He offered to supply the accused with an essential ingredient which was difficult to obtain although not illegal, in return for one-half of the drug produced. The condition was that the agent be shown the laboratory and a sample. This condition was met. Later the agent observed the manufacturing process and the agreed to transaction was completed. The accused was convicted at

qu'il a déjà été condamné et qu'on dit qu'il a des penchants criminels. Elle ne varie pas non plus en fonction des soupçons, raisonnables et déraisonnables qu'entretient la police au sujet des activités du défendeur. Les appels à la sympathie, à l'amitié, l'appât d'un gain exorbitant, etc., ne sauraient être tolérés lorsqu'ils s'adressent à un ancien délinquant, pas plus que dans le cas du citoyen ordinaire, respectueux des lois. L'opinion contraire se heurte aux principes fondamentaux de l'égalité devant la loi, et ce serait épouser la notion que, lorsqu'on a affaire à la gent criminelle, tout va. La possibilité que, quels qu'aient été ses crimes passés et sa propension générale, le défendeur pourrait ne pas avoir commis le crime en cause s'il n'avait été confronté à des incitations hors de l'ordinaire, ne doit pas être oubliée. Les crimes antérieurs ne mettent pas le criminel éternellement hors la loi, à la merci des intrigues de la police, afin d'obtenir dans son cas des déclarations de culpabilité répétées, ce dont le citoyen ordinaire est à l'abri.

En conséquence des décisions de la majorité dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman*, la conception subjective a été suivie par les tribunaux fédéraux. Mais, certaines cours de circuit ont voulu faire droit à une allégation de provocation policière même lorsque la prédisposition de l'inculpé avait été établie (voir: *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971), et *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971)). Dans l'arrêt *Russell*, précité, cette tendance a été renversée dans une certaine mesure. L'arrêt *Russell* fut la première affaire de provocation policière où la Cour s'est partagée autant dans ses conclusions que sur le fondement doctrinal de la défense. L'arrêt *Russell* révèle aussi un mouvement vers la reconnaissance de la défense d'application régulière de la loi.

Dans l'affaire *Russell*, l'agent du gouvernement, ayant pour mission de découvrir le lieu secret d'un laboratoire servant, pensait-on, à la fabrication illégale de méthamphétamine, avait déclaré à l'inculpé représenter une association intéressée au contrôle de la fabrication et de la vente de méthamphétamine. Il avait offert de lui fournir un ingrédient essentiel, difficile à obtenir, tout en n'étant pas illégal, en retour de la moitié de la drogue fabriquée, à la condition qu'on lui montre le laboratoire et qu'on lui fournisse un échantillon. Ce qui fut fait. Ultérieurement, l'agent a pu observer le procédé de fabrication et la transaction

trial of unlawfully manufacturing and selling methamphetamine.

On appeal, the accused conceded that the jury was entitled to find that he was predisposed. The Court of Appeals, however, held that entrapment existed as a matter of law whenever the court was of the opinion there had been "an intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise" (*United States v. Russell*, 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972), at p. 673). The United States Supreme Court reversed that holding. Rehnquist J., writing for the majority, held that the principal element of entrapment was the accused's lack of predisposition to commit the crime and the concession by the accused in the Court of Appeals was fatal to his claim of entrapment.

The majority refused the invitation to give the defence of entrapment a constitutional dimension and the holdings in *Sorrells, supra*, and *Sherman, supra*, were expressly reaffirmed. The constitutional argument was that the government's involvement in the manufacture of the crime was so high that it violated the fundamental principles of due process to permit prosecution. The suggested analogy to the exclusionary rule adopted for illegal search and seizures and confessions was held to be imperfect because in the case at bar there had not been a violation of an independent constitutional right of the accused. Nor had the government agent violated any law in infiltrating the drug business. Rehnquist J. also rejected the argument that due process is violated whenever a government agent provides an indispensable mean to the commission of a crime; it had not been demonstrated that it was impossible to obtain the necessary ingredient. The door was left open for future due process claims, however, as Rehnquist J. stated at pp. 431-32:

While we may someday be presented with a situation in which the conduct of law enforcement agents is so outrageous that due process principles would absolutely bar the government from invoking judicial processes to

convene a été conclue. À son procès, l'inculpé a été reconnu coupable de fabrication et de vente illicites de méthamphétamine.

a En appel, l'inculpé a admis que le jury était en droit de le juger prédisposé. La Cour d'appel a néanmoins jugé qu'en droit il y avait provocation policière dès lors que, de l'avis du tribunal, il y ait eu [TRADUCTION] «un degré intolérable de participation du gouvernement à l'entreprise criminelle» (*United States v. Russell*, 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972), à la p. 673). La Cour suprême des États-Unis a infirmé cet arrêt. Le juge Rehnquist, écrivant au nom de la majorité, conclut que l'élément principal de la provocation policière est l'absence de propension chez l'inculpé à commettre le crime; la concession faite par l'inculpé à la Cour d'appel était fatale à son allégation de provocation policière.

La majorité a refusé de donner, comme on l'y invitait, à la défense de provocation policière une dimension constitutionnelle et a réaffirmé expressément les arrêts *Sorrells* et *Sherman*, précités. L'argument constitutionnel était que l'État avait à ce point contribué à créer un crime qu'il y avait violation des principes fondamentaux d'application régulière de la loi autorisant les poursuites. L'analogie proposée avec la règle d'exclusion adoptée pour les fouilles, perquisitions, saisies et confessions illégales a été jugée boiteuse, puisqu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation d'un autre droit constitutionnel de l'inculpé. L'agent du gouvernement n'avait d'ailleurs violé aucune loi en s'infiltrant dans les milieux de la drogue. Le juge Rehnquist a aussi rejeté l'argument voulant qu'il y ait atteinte à l'application régulière de la loi dans tous les cas où un agent du gouvernement fournit un moyen indispensable de commettre le crime; il n'avait pas été démontré qu'il était impossible d'obtenir l'ingrédient nécessaire. Toutefois, la porte était laissée ouverte à d'éventuelles demandes sur le fondement du principe de l'application régulière de la loi. Le juge Rehnquist dit aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Il se peut qu'un jour nous soyons saisis d'un cas où le comportement des agents responsables de l'application de la loi sera à ce point outrageant que les principes de l'application régulière de la loi

obtain a conviction, cf. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), the instant case is distinctly not of that breed.

Rehnquist J. referred to the criticism that had been made of the subjective approach, in particular, the limitation of the defence to entrapment by government agents and the doubt that predisposition could be factually established with the necessary degree of certainty. It was admitted that these points were "not devoid of appeal" (p. 433). Rehnquist J. felt, however, that the minority's approach was equally problematic because in denying the right of the government to rebut the claim of inducement by showing the conduct was due to the accused's own readiness, it would likely be impossible to obtain convictions where the criminal transaction occurs in secret (p. 434). In addition, Rehnquist J. questioned the propriety of barring the prosecution of an accused who had planned and actually committed a crime "simply because government undercover agents subjected him to inducements which might have seduced a hypothetical individual who was not so predisposed" (p. 434). Regarding lower court decisions which barred prosecution because of a perception of "overzealous law enforcement", Rehnquist J. warned that the defence accepted in *Sorrells, supra*, and *Sherman, supra*, "was not intended to give the federal judiciary a 'chancellor's foot' veto over law enforcement practices of which it did not approve" (p. 435). The decision of the Court below was viewed as introducing an "unmanageably subjective standard which is contrary to the holdings of this Court in *Sorrells* and *Sherman*" (p. 435). It was also noted that the executive branch of government had the primary responsibility of enforcing federal laws, subject to relevant constitutional and statutory limits, and judicial rules enforcing those limits.

Two dissenting opinions were filed. In a brief statement, Douglas J. (Brennan J. concurring) adopted the views of those advocating the minority

interdiront absolument au gouvernement d'agir en justice pour obtenir une déclaration de culpabilité, voir *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952); cependant, l'espèce n'est indéniablement pas de ce genre.

^a Le juge Rehnquist rappelle les critiques dont a fait l'objet la conception subjective, en particulier, la limitation de la défense à la provocation des agents du gouvernement et le doute exprimé que la prédisposition puisse, dans les faits, être établie avec le degré nécessaire de certitude. Il admet qu'elles ne sont pas [TRADUCTION] «dénues d'attrait» (à la p. 433). Il estime néanmoins que la conception de la minorité n'est pas sans poser quelque problème également, puisqu'en refusant au gouvernement le droit de combattre une allégation d'incitation, en montrant que le comportement de l'inculpé est dû à sa propre inclination, il serait vraisemblablement impossible d'obtenir des déclarations de culpabilité lorsque la tractation criminelle est secrète (à la p. 434). En outre, il s'interroge sur l'à-propos d'interdire de poursuivre un inculpé qui a prémedité et réellement commis un crime [TRADUCTION] «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» (à la p. 434). En ce qui concerne les décisions d'instance inférieure qui interdisaient de poursuivre pour cause, selon leur perception, [TRADUCTION] «d'application trop zélée de la loi», le juge Rehnquist prévient que la défense acceptée dans les arrêts *Sorrells*, précité, et *Sherman*, précité, [TRADUCTION] «ne visait pas à donner aux cours fédérales un droit de veto absolu sur des méthodes policières qu'elles n'approuvent pas» (à la p. 435). La décision du tribunal d'instance inférieure est perçue comme introduisant une [TRADUCTION] «norme subjective inutilisable, contraire aux conclusions de cette Cour dans ses arrêts *Sorrells* et *Sherman*» (à la p. 435). Il note aussi que c'est la branche exécutive du gouvernement qui a la responsabilité première d'appliquer les lois fédérales, sous réserve des limites légales et constitutionnelles pertinentes et des règles judiciaires d'application de ces limites.

^j Deux opinions dissidentes ont été écrites. Dans une brève déclaration, le juge Douglas (à l'avis duquel souscrit le juge Brennan) adopte les vues

approach and held that in this case the supply of the chemical ingredient made the "United States an active participant in the unlawful activity" (p. 437), and this was a "debased role" barred by the doctrine of entrapment (p. 439).

Stewart J. (Brennan and Marshall JJ. concurring) also adopted the objective approach of the minority in the earlier decisions as in his view "[it] is the only [approach] truly consistent with the underlying rationale of the defence" (p. 441) (footnote omitted). Stewart J. stated that the whole notion of predisposition was "misleading" since the mere fact of commission demonstrates a predisposition in the sense of accused persons proving themselves to be quite capable of committing the crime. Stewart J. also pointed out, at p. 442, that entrapment by private individuals, as compared to the state, affords no defence:

Since the only difference between these situations is the identity of the tempter, it follows that the significant focus must be on the conduct of the government agents, and not on the predisposition of the defendant.

The purpose of the entrapment defense, then, cannot be to protect persons who are "otherwise innocent." Rather, it must be to prohibit unlawful governmental activity in instigating crime.

Stewart J. went on to adopt the views of Frankfurter J. in *Sherman*, *supra*, and Roberts J. in *Sorrells*, *supra*, quoted earlier, condemning the inequality in treatment between accused persons by reference to past criminal conduct because it makes the permissibility of police conduct vary accordingly. Stewart J. stated at p. 444: "In my view, a person's alleged 'predisposition' to crime should not expose him to government participation in the criminal transaction that would be otherwise unlawful" (footnote omitted). Stewart J. held that the conduct of the government in the case at bar constituted entrapment as a matter of law.

The Supreme Court split again on the issue of the parameters of the entrapment defence in *Hampton*, *supra*. The accused was convicted of

des défenseurs de la conception de la minorité et conclut qu'en l'espèce la fourniture de l'ingrédient chimique faisait des [TRADUCTION] «États-Unis un participant actif à l'activité illicite» (à la p. 437), et c'était là jouer [TRADUCTION] «un rôle avilissant qu'interdit la doctrine de la provocation policière (à la p. 439).

Le juge Stewart (à l'avis duquel souscrivent les juges Brennan et Marshall) adopte également la conception objective de la minorité dans les arrêts antérieurs car, à son avis, [TRADUCTION] «c'est la seule [conception] vraiment conforme à la raison d'être du moyen de défense» (à la p. 441) (note omise). Il dit que toute la notion de prédisposition est [TRADUCTION] «trompeuse», puisque la simple perpétration démontre une prédisposition, les accusés prouvant par eux-mêmes qu'ils sont tout à fait en mesure de commettre le crime. Il fait aussi observer à la p. 442 que la provocation par des individus privés, contrairement à celle de l'État, n'est pas un moyen de défense:

[TRADUCTION] Comme la seule différence entre les deux situations est l'identité du tentateur, il s'ensuit que ce à quoi il importe de s'intéresser c'est le comportement des agents du gouvernement et non la prédisposition du défendeur.

L'objet de la défense de provocation policière, donc, ne peut être la protection des personnes qui sont «par ailleurs innocentes». Plutôt, il doit être d'interdire une activité gouvernementale illicite, l'incitation au crime.

Le juge Stewart poursuit en faisant siennes les vues du juge Frankfurter dans l'arrêt *Sherman*, précité, et du juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, précité, condamnant l'inégalité de traitement entre inculpés en fonction du comportement criminel antérieur parce que, ainsi, le caractère acceptable de la conduite de la police variera en conséquence. Il dit à la p. 444: [TRADUCTION] «À mon avis, le présumé «penchant» au crime d'une personne ne devrait pas l'exposer à la participation du gouvernement à une activité criminelle par ailleurs illicite» (note omise). Il conclut que le comportement du gouvernement en l'espèce constituait en droit de la provocation policière.

La Cour suprême s'est à nouveau divisée sur la question des paramètres de la défense de provocation policière dans l'affaire *Hampton*, précitée.

distributing heroin as a result of sales made to a government agent. He argued that notwithstanding his predisposition—which was conceded—the due process clause barred prosecution where the heroin that was the subject of the charge had been supplied to him by a government informant who had arranged the sales. This argument was rejected by a majority of the Court in two separate opinions. Brennan, Stewart and Marshall JJ. dissented.

Rehnquist J.'s opinion affirming the conviction was joined in by Burger C.J. and White J. He held that *Russell, supra*, stood for the proposition that there could never be a defence of entrapment based on governmental misconduct where the predisposition of the accused to commit the crime had been established (*Hampton, supra*, at pp. 489-90, emphasis mine). Although the government played a more significant role in enabling the sale of drugs in this case as compared to *Russell, supra*, the difference was one of degree only. Due process limits would only be relevant where the result of the government activity was a violation of some protected right of the accused. Further, recognition of the accused's argument would be in conflict with the statement in *Russell, supra*, that the defence of entrapment did not provide the courts with a "chancellor's foot" veto (at p. 490). Rehnquist J. thus closed the door he had left open in *Russell, supra*, and stated at p. 490:

If the police engage in illegal activity in concert with a defendant beyond the scope of their duties the remedy lies, not in freeing the equally culpable defendant, but in prosecuting the police under the applicable provisions of state or federal law.

In a separate concurring opinion, Powell J. (with whom Blackmun J. joined) agreed that there was nothing of significance to distinguish the facts from the earlier decision in *Russell, supra*, but he rejected the plurality's assertion that *Russell, supra*, held that the concept of fundamental fair-

L'inculpé avait été reconnu coupable de distribution d'héroïne consécutivement à des ventes faites à un agent du gouvernement. Il a fait valoir qu'independamment de sa prédisposition—qu'il reconnaissait—la clause de l'application régulière de la loi interdisait toute poursuite, puisque l'héroïne qui faisait l'objet de l'inculpation, lui avait été fournie par un indicateur du gouvernement qui avait procédé aux arrangements de vente. L'argument a été rejeté par une majorité des juges de la Cour dans deux opinions distinctes. Les juges Brennan, Stewart et Marshall étaient dissidents.

Le juge en chef Burger et le juge White ont souscrit à l'opinion du juge Rehnquist qui confirme la déclaration de culpabilité. Celui-ci conclut que l'arrêt *Russell*, précité, établit pour règle que jamais une défense de provocation policière ne peut être fondée sur la conduite irrégulière du gouvernement lorsque la propension de l'inculpé à commettre le crime a été établie (*Hampton*, précité, aux pp. 489 et 490, je souligne). Bien que le gouvernement ait joué un rôle plus important, en permettant la vente des drogues en l'espèce, par opposition à l'affaire *Russell*, précitée, il ne s'agissait là que d'une différence de degré. Les limitations qu'impose le principe de l'application régulière de la loi ne devenaient pertinentes que lorsqu'une violation de quelque droit garanti à l'inculpé résulte de l'activité du gouvernement. En outre, reconnaître l'argument de l'inculpé serait entrer en conflit avec l'affirmation de l'arrêt *Russell*, précité, que la défense de provocation policière ne confère aux tribunaux aucun «veto absolu» (à la p. 490). Le juge Rehnquist, par conséquent, fermait la porte qu'il avait entrouverte dans l'arrêt *Russell*, précité, disant à la p. 490:

[TRADUCTION] Si la police se livre à une activité illégale de concert avec un défendeur, dépassant par là le champ de ses fonctions, le recours réside, non dans la libération du défendeur également coupable, mais dans une poursuite dirigée contre la police en vertu des dispositions applicables du droit fédéral ou de l'État.

Dans une opinion concurrente distincte, le juge Powell (auquel se joint le juge Blackmun) convient que rien de significatif n'autorise à distinguer entre les faits en cause et ceux de l'arrêt antérieur *Russell*, précité, mais il rejette à toutes fins utiles l'assertion de la pluralité des juges que l'arrêt

ness in the due process clause would never prevent the conviction of a predisposed accused, irrespective of the outrageousness of the police conduct in the particular case (pp. 492-93). Nor was Powell J. of the opinion that *Russell, supra*, foreclosed, by reference to the "chancellor's foot" metaphor, any reliance on the Court's supervisory powers in an appropriate case. Powell J. noted at pp. 494-95 that there were "doctrinal and practical difficulties of delineating limits to police involvement in crime that do not focus on predisposition" and he agreed that it would be an unusual case where predisposition would not be conclusive; but he did not accept that *Russell, supra*, precluded a bar to conviction in appropriate circumstances. In a footnote he commented (at p. 494, note 6):

The fact that there is sometimes no sharply defined standard against which to make these judgments is not itself a sufficient reason to deny the federal judiciary's power to make them when warranted by the circumstances. Much the same is true of analysis under our supervisory power. Nor do I despair of our ability in an appropriate case to identify appropriate standards for police practices without relying on the "chancellor's" "fastidious squeamishness or private sentimentalism". [Citations omitted.]

In his dissenting opinion, concurred in by Stewart and Marshall JJ., Brennan J. held that the conviction should be barred because the government's involvement in the crime had gone beyond the point of tolerance. Brennan J. adopted, under the Court's supervisory power, a rule which would be engrafted on the entrapment defence prohibiting conviction where "the subject of the criminal charge is the sale of contraband provided to the defendant by a Government agent" (at p. 500). In a footnote he left open the question of whether the principle should be applied to the states under the due process clause (at p. 500, footnote 4). The dissenting opinion urged that the degree of government involvement here superceded that in *Russell, supra*, and the state was doing "nothing less than buying contraband from itself through an inter-

Russell, précité, a décidé que le concept d'équité fondamentale de la clause de l'application régulière de la loi n'interdirait jamais de reconnaître coupable un inculpé prédisposé, en dépit de la ^a conduite outrageante de la police en l'espèce (aux pp. 492 et 493). Le juge Powell n'est pas non plus d'avis que l'arrêt *Russell*, précité, fermait la porte, par l'allusion au «veto absolu», à tout recours au pouvoir de contrôle de la cour dans un cas approprié. Le juge Powell note, aux pp. 494 et 495, qu'il ^b y a [TRADUCTION] «des difficultés doctrinales et pratiques à fixer des bornes à l'implication policière dans un crime sans s'intéresser à la prédisposition» et il convient que serait inhabituelle l'espèce où la prédisposition ne serait pas concluante; mais il n'admet pas que l'arrêt *Russell*, précité, interdise de refuser une déclaration de culpabilité dans des circonstances appropriées. Dans une note en ^c bas de page, il fait le commentaire suivant (à la p. 494, note 6):

[TRADUCTION] L'absence occasionnelle de norme parfaitement définie qui permette de statuer précisément sur ces cas n'est pas en soi une raison suffisante pour ^e refuser à la magistrature fédérale le pouvoir de le faire lorsque les circonstances le justifient. Cela est de même en grande partie vrai de l'analyse fondée sur notre pouvoir de contrôle. Je ne désespère pas non plus de notre aptitude, dans un cas où cela s'imposera, à dégager des normes appropriées pour régir les pratiques policières, sans s'appuyer sur «des scrupules exagérés ou un sentimentalisme privé» dignes du «Chancelier». [Références omises.]

^g Dans son opinion dissidente, à laquelle souscrivent les juges Stewart et Marshall, le juge Brennan conclut que la déclaration de culpabilité devrait être refusée parce que l'implication du gouvernement dans le crime dépassait le point de tolérance. ^h Il adopte, sur le fondement du pouvoir de contrôle de la cour, une règle qu'il grefferait sur la défense de provocation policière, interdisant de prononcer une déclaration de culpabilité lorsque [TRADUCTION] «l'objet de l'inculpation criminelle est la vente d'un produit de contrebande fourni au défendeur par un agent du gouvernement» (à la p. 500). Dans une note en bas de page, il laisse en suspens la question de l'application du principe aux États, en raison de la clause de l'application régulière de la loi (à la p. 500, note 4). L'opinion dissidente avance que le degré d'implication gouvernementale

mediary and jailing the intermediary" (p. 498, citing *United States v. Bueno, supra*, at p. 905). The scheme was offensive because it deliberately enticed someone to commit a crime instead of being designed to uncover ongoing drug traffic, and the predisposition of the accused did not justify the government's acts. Brennan J. stated at p. 499: "No one would suggest that the police could round up and jail all 'predisposed' individuals, yet that is precisely what set-ups like the instant one are intended to accomplish".

In concluding this description of the leading cases I would point out that in a recent decision the Supreme Court of the United States held that an accused facing federal prosecution on criminal charges is entitled, where the evidence so warrants, to a jury instruction on the defence of entrapment even if the accused also denies commission of the offence: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988). In giving reasons for the majority, Rehnquist C.J. adhered to the subjective approach to the entrapment defence. Of note is the separate concurring opinion of Brennan J. who in brief reasons explained why he concurred with the majority (at pp. 888-89):

Although some governmental misconduct might be sufficiently egregious to violate due process, *Russell, supra*, 411 U.S. at 431-432, 93 S.Ct. at 1642-1643 my differences with the Court have been based on statutory interpretation and federal common law, not on the constitution. Were I judging on a clean slate, I would still be inclined to adopt the view that the entrapment defense should focus exclusively on the government's conduct. But I am not writing on a clean slate; the Court has spoken definitively on this point. Therefore I bow to *stare decisis*, and today join the judgment and reasoning of the Court.

dépassait ici celui de l'affaire *Russell*, précitée; l'État ne faisait [TRADUCTION] «rien de moins qu'acheter un produit de contrebande de lui-même, par l'entremise d'un intermédiaire, puis à emprisonner l'intermédiaire» (à la p. 498, citant *United States v. Bueno*, précité, à la p. 905). La machination est répugnante parce qu'elle incite délibérément quelqu'un à commettre un crime au lieu d'être conçue pour mettre en lumière le trafic de stupéfiants qui a cours, et la prédisposition de l'inculpé ne justifiait pas les actes du gouvernement. Le juge Brennan dit à la p. 499: [TRADUCTION] «Personne ne dirait que la police peut faire des rafles pour emprisonner tous les individus «pré-disposés» et, pourtant, c'est précisément ce que des opérations comme celles-ci ont pour but d'accomplir».

^d En concluant cette description des arrêts de principe, je ferais observer que, dans un arrêt récent, la Cour suprême des États-Unis a jugé qu'un inculpé poursuivi par le fédéral pour des infractions criminelles jouit du droit, lorsque la preuve le justifie, à ce que des directives soient données au jury sur la défense de provocation policière, même si l'inculpé nie aussi avoir commis une infraction: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988). En prononçant les motifs de la majorité, le juge en chef Rehnquist s'en est tenu à la conception subjective de la défense de provocation policière. À noter l'opinion concurrence distinque du juge Brennan qui, par de brefs motifs, ^e explique pourquoi il se range à l'avis de la majorité (aux pp. 888 et 889):

[TRADUCTION] Certes certains comportements gouvernementaux répréhensibles peuvent être suffisamment énormes pour violer le principe de l'application régulière de la loi, *Russell*, précité, 411 U.S aux pp. 431 et 432, 93 S.Ct. aux pp. 1642 et 1643, mais mes désaccords avec la Cour ont été fondés sur une interprétation de la législation et de la *common law* fédérale, non sur la Constitution. Devrais-je juger en faisant table rase que je serais toujours enclin à épouser l'opinion que la défense de provocation ne devrait porter exclusivement que sur la conduite du gouvernement. Mais je n'écris pas sur une feuille vierge; la Cour s'est prononcée définitivement sur ce point. Par conséquent, je m'incline devant le *stare decisis* et me joins aujourd'hui à l'arrêt et au raisonnement de la Cour.

The objective approach advocated by the minority in the Supreme Court decisions had found the most support in American academic literature on entrapment which, I would note, is nothing short of voluminous. In a 1978 article criticizing the objective method, R. Rossum, "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287, the author reported that of twenty-six law review articles published since 1950, only three favoured the subjective test and of ninety-eight notes and case comments published during the same time frame, only two clearly advocated the subjective test (at pp. 296-97).

As was noted by Estey J. in *Amato, supra*, at pp. 437-38, proposals for the reform of federal criminal law in the United States also follow the objective test (see: the American Law Institute, *Model Penal Code*, s. 2.13 (1962) and more recently, *Commentaries* (1985), at pp. 405-20; see also, the Brown Commission Final Report, s. 702(2)).

III. The Rationale

A: The Regulation of the Administration of Justice

It is critical in an analysis of the doctrine of entrapment to be very clear on the rationale for its recognition in Canadian criminal law. Much of what is contained in the opinion of Estey J. in *Amato, supra*, provides this rationale. As was explained by Estey J., central to our judicial system is the belief that the integrity of the court must be maintained. This is a basic principle upon which many other principles and rules depend. If the court is unable to preserve its own dignity by upholding values that our society views as essential, we will not long have a legal system which can pride itself on its commitment to justice and truth and which commands the respect of the community it serves. It is a deeply ingrained value in our democratic system that the ends do not justify the means. In particular, evidence or convictions may, at times, be obtained at too high a price. This

La conception objective plaidée par la minorité dans les arrêts de la Cour suprême a trouvé son plus grand appui chez les auteurs américains qui ont traité de la provocation policière, laquelle, dirais-je, n'est rien de moins que gigantesque. Dans un article de 1978 critiquant la méthode objective, R. Rossum, «The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster» (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287, l'auteur rapporte que sur vingt-six articles de revues de droit publiés depuis 1950, trois seulement favorisent le critère subjectif et que, sur quatre-vingt-dix-huit notes et commentaires de jurisprudence publiés durant la même période, deux seulement plaident clairement en faveur du critère subjectif (aux pp. 296 et 297).

Comme l'a noté le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, aux pp. 437 et 438, les propositions de réforme du droit criminel fédéral aux États-Unis reprennent aussi le critère objectif (voir: l'American Law Institute, *Model Penal Code*, art. 2.13 (1962) et, plus récemment, *Commentaries* (1985), aux pp. 405 à 420; voir aussi le Brown Commission Final Report, par. 702(2)).

III. Le fondement

A: La réglementation de l'administration de la justice

Il faut absolument, dans une analyse de la doctrine de la provocation policière, être très clair sur le fondement de sa reconnaissance en droit criminel canadien. On le retrouve pour une grande part dans l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Comme l'explique le juge Estey, la croyance en la nécessité de maintenir l'intégrité de la Justice est au centre de notre système judiciaire. C'est là un principe de base dont beaucoup d'autres dépendent. Si le tribunal ne peut préserver sa propre dignité par la promotion de valeurs que notre société considère comme essentielles, nous ne conserverons pas longtemps un système de droit qui peut s'enorgueillir de sa dévotion à la justice et à la vérité et qui inspire le respect à la société qu'il dessert. Une valeur profondément enracinée de notre système démocratique est que la fin ne justifie pas les moyens. En particulier, des preuves ou

proposition explains why as a society we insist on respect for individual rights and procedural guarantees in the criminal justice system. All of these values are reflected in specific provisions of the *Charter* such as the right to counsel, the right to remain silent, the presumption of innocence and in the global concept of fundamental justice. Obviously, many of the rights in ss. 7 and 14 of the *Charter* relate to norms for the proper conduct of criminal investigations and trials, and the courts are called on to ensure that these standards are observed.

The principles expressed in the *Charter* obviously do not emerge in a legal, social, or philosophical vacuum. With respect to criminal law in particular, the courts have, throughout the development of the common law and in the interpretation of statutes, consistently sought to ensure that the balance of power between the individual accused and the state was such that the interests and legitimate expectations of both would be recognized and protected. Lord Devlin, in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401 (H.L.), made the following apposite observation in this regard at p. 438:

... nearly the whole of the English criminal law of procedure and evidence has been made by the exercise of the judges of 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.

It is my view that in criminal law the doctrine of abuse of process draws on the notion that the state is limited in the way it may deal with its citizens. The same may be said of the *Charter* which sets out particular limitations on state action and, as noted, in the criminal law context ss. 7 to 14 are especially significant. This Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, commented at p. 503 on the philosophical context in which these *Charter* provisions operate:

Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many

des déclarations de culpabilité peuvent, dans certains cas, n'être obtenues qu'à un prix trop élevé. C'est ce qui explique pourquoi, en tant que société, nous insistons sur le respect des droits individuels et des garanties de procédure dans notre système de justice criminelle. Toutes ces valeurs se retrouvent dans des dispositions expresses de la *Charte*, comme le droit à un avocat, le droit au silence, la présomption d'innocence et dans la notion globale de justice fondamentale. Manifestement, nombre de droits visés aux art. 7 et 14 de la *Charte* portent sur les normes de comportement que doivent respecter les enquêtes et les procès criminels, et les tribunaux sont invités à s'assurer que ces normes sont observées.

Les principes qui trouvent leur expression dans la *Charte*, de toute évidence, ne sont pas apparus dans un vide juridique, social ou philosophique. Dans le cas du droit criminel en particulier, les tribunaux ont, tout au long du développement de la *common law* et dans l'interprétation des lois, toujours recherché un équilibre entre l'individu inculpé et l'État, de telle sorte que les intérêts et les attentes légitimes de l'un comme de l'autre soient reconnus et protégés. Lord Devlin, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401 (H.L.), fait l'observation suivante, particulièrement appropriée à cet égard à la p. 438:

[TRADUCTION] ... presque tout le droit criminel anglais concernant la procédure et la preuve provient de l'exercice, 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.

Je suis d'avis qu'en droit criminel la doctrine de l'abus de procédure est fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens. On peut en dire autant de la *Charte*, qui fixe certaines limites particulières à l'action de l'État et, comme on l'a fait observer, les art. 7 à 14 sont particulièrement significatifs en droit criminel. Cette Cour, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, explique à la p. 503 le contexte philosophique dans lequel ces dispositions de la *Charte* jouent:

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de

have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on "the rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

b It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of "principles of fundamental justice". In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

c It is the belief that the administration of justice must be kept free from disrepute that compels recognition of the doctrine of entrapment. In the context of the *Charter*, this Court has stated that disrepute may arise from "judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies": *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 281. The same principle applies with respect to the common law doctrine of abuse of process. Conduct which is unacceptable is, in essence, that which violates our notions of "fair play" and "decency" and which shows blatant disregard for the qualities of humanness which all of us share.

d The power of a court to enter a stay of proceedings to prevent an abuse of its process was, as noted earlier, confirmed by this Court in *Jewitt, supra*. The appropriateness of the court's exercise of the power, as well as the circumstances in which it may be used, is discussed in the following passage (at pp. 136-37, *per* Dickson C.J.):

e justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondée sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

f *g* *h* C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression «principes de justice fondamentale». En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, *c.-à-d.* les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Je souligne.]

i C'est parce que l'on croit que l'administration de la justice ne doit pas être déconsidérée que l'on reconnaît la doctrine de la provocation policière. Dans le contexte de la *Charte*, cette Cour a dit que la déconsidération peut découler de «l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite»: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 281. Le même principe s'applique à la doctrine d'abus de procédure de la *common law*. Un comportement inacceptable est, essentiellement, celui qui viole nos notions de «franc-jeu» et de «décence», qui fait montre d'un mépris flagrant pour les valeurs humaines que nous partageons tous.

j Le pouvoir d'un tribunal de suspendre l'instance, afin qu'il n'y ait pas abus de sa procédure a été, comme on l'a noté précédemment, confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Jewitt*, précité. Le bien-fondé de l'exercice du pouvoir par le tribunal, de même que les circonstances dans lesquelles on peut y avoir recours, sont analysés dans le passage suivant (aux pp. 136 et 137, le juge en chef Dickson):

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases".

It is essential to identify why we do not accept police strategy that amounts to entrapment. There could be any number of reasons underlying what is perhaps an intuitive reaction against such law enforcement techniques but the following are, in my view, predominant. One reason is that the state does not have unlimited power to intrude into our personal lives or to randomly test the virtue of individuals. Another is the concern that entrapment techniques may result in the commission of crimes by people who would not otherwise have become involved in criminal conduct. There is perhaps a sense that the police should not themselves commit crimes or engage in unlawful activity solely for the purpose of entrapping others, as this seems to militate against the principle of the rule of law. We may feel that the manufacture of crime is not an appropriate use of the police power. It can be argued as well that people are already subjected to sufficient pressure to turn away from temptation and conduct themselves in a manner that conforms to ideals of morality; little is to be gained by adding to these existing burdens. Ultimately, we may be saying that there are inherent limits on the power of the state to manipulate people and events for the purpose of attaining the specific objective of obtaining convictions. These reasons and others support the view that there is a societal interest in limiting the use of entrapment techniques by the state.

The competing social interest is in the repression of criminal activity. Further, our dependence on the police to actively protect us from the immense social and personal cost of crime must be acknowl-

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes».

Il est essentiel de rechercher pourquoi nous ne tolérons pas une stratégie policière assimilable à de la provocation. Je suis d'avis qu'il peut y avoir plusieurs raisons sous-jacentes à ce qui est peut-être une réaction intuitive face à ces techniques d'application de la loi. L'une de ces raisons peut être l'opinion que l'État ne jouit pas d'un pouvoir illimité de s'ingérer dans nos vies personnelles ou d'éprouver au hasard la vertu des individus. Il y a aussi la crainte que les techniques de provocation policières puissent amener à commettre des crimes des gens qui autrement n'auraient pas eu de comportement criminel. Il y a peut-être aussi le sentiment que la police ne doit pas elle-même commettre des crimes ni s'adonner à une activité illicite dans le seul but de prendre des tiers au piège, puisque cela semble militer à l'encontre du principe de la primauté du droit. Nous pouvons penser que la fabrication d'un crime n'est pas un usage approprié du pouvoir policier. Il peut être soutenu aussi qu'il est déjà suffisamment difficile de résister à la tentation et de se comporter d'une manière conforme aux idéaux de moralité; il y a peu à gagner à ajouter à ces fardeaux déjà existants. Enfin, il se peut que nous disions qu'il y a des bornes inhérentes au pouvoir de l'État de manipuler les gens et les événements dans le but d'atteindre un objectif précis, obtenir des déclarations de culpabilité. Toutes ces raisons et bien d'autres confirment qu'il est dans l'intérêt de la société de limiter le recours par l'État aux techniques de provocation policière.

La répression de l'activité criminelle est l'intérêt social concurrent. En outre, il faut reconnaître que nous nous en remettons à la police pour qu'elle nous protège activement de l'immense coût social

edged. There will be differing views as to the appropriate balance between the concepts of fairness and justice and the need for protection from crime but it is my opinion that it is universally recognized that some balance is absolutely essential to our conception of civilized society. In deciding where the balance lies in any given case it is necessary to recall the key elements of our model of fairness and justice, as this is the only manner in which we can judge the legitimacy of a particular law enforcement technique.

It must be stressed, however, that the central issue is not the power of a court to discipline police or prosecutorial conduct but, as stated by Estey J. in *Amato, supra*, at p. 461: "the avoidance of the improper invocation by the state of the judicial process and its powers". In the entrapment context, the court's sense of justice is offended by the spectacle of an accused's being convicted of an offence which is the work of the state (*Amato, supra*, at p. 447). The court is, in effect, saying it cannot condone or be seen to lend a stamp of approval to behaviour which transcends what our society perceives to be acceptable on the part of the state. The stay of the prosecution of the accused is the manifestation of the court's disapproval of the state's conduct. The issuance of the stay obviously benefits the accused but the Court is primarily concerned with a larger issue: the maintenance of public confidence in the legal and judicial process. In this way, the benefit to the accused is really a derivative one. We should affirm the decision of Estey J. in *Amato, supra*, that the basis upon which entrapment is recognized lies in the need to preserve the purity of administration of justice.

B: The Guilt of the Accused

Both the appellant and respondent agree that the rationale for recognition of the entrapment doctrine lies in the inherent jurisdiction of the court to prevent an abuse of its own processes. The

et personnel que représente le crime. On différera d'avis sur l'équilibre approprié à établir entre les notions d'équité et de justice et la nécessité d'une protection contre le crime, mais je suis d'avis qu'il est universellement reconnu qu'un certain équilibre est absolument essentiel dans notre conception d'une société civilisée. Pour décider où cet équilibre réside dans un cas donné, il est nécessaire de rappeler les éléments-clés de notre modèle d'équité et de justice, puisque c'est là la seule manière qui nous permette de juger de la légitimité d'une technique particulière utilisée pour faire respecter la loi.

c Il faut souligner toutefois que le principal point litigieux n'est pas le pouvoir d'un tribunal de sanc-
tionner la conduite de la police ou de la partie poursuivante mais qu'il est, comme le dit le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 461: «d'éviter que l'état n'ait recours de façon abusive au processus judiciaire et à ses pouvoirs». Dans le contexte de la provocation policière, le sens de la justice du tribunal se révolte face au spectacle qu'offrirait un inculpé reconnu coupable d'une infraction qui est l'œuvre de l'État (*Amato*, précité, à la p. 447). Le tribunal, en fait, dit qu'il ne saurait excuser un comportement, ni paraître lui apposer le sceau de son approbation, quand il transcende ce que notre société perçoit comme étant acceptable de la part de l'État. La suspension de l'instance introduite contre l'inculpé est la manifestation de la désapprobation du tribunal face au comportement de l'État. La suspension profite de toute évidence à l'inculpé, mais la cour s'intéresse d'abord à une question plus large: le maintien de la confiance publique dans la procédure légale et judiciaire. De cette manière, le bénéfice qu'en retire l'inculpé n'est en réalité qu'incident. Nous devrions confirmer la décision du juge Estey dans l'affaire *Amato*, précitée, que le fondement de la reconnaissance de la provocation policière réside dans la nécessité de préserver l'intégrité de l'administration de la justice.

B: La culpabilité de l'inculpé

L'appelant comme l'intimée conviennent que le fondement de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière réside dans la compétence inhérente du tribunal d'interdire qu'on abuse de sa

respondent asserts this is the exclusive rationale; the appellant submits that it is open to the court to view entrapment as also bearing on the accused's culpability and as such it would operate as a substantive defence.

It is not fruitful, in my view, to deal with impermissible police conduct through the vehicle of substantive criminal law doctrine. There are three problems with the appellant's proposition. Firstly, the conduct of the police or their agents in most cases will not have the effect of negating *mens rea* or, for that matter, *actus reus*. (There may be exceptional cases, however; see, for example, the decision of this Court in *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492.) The physical act of the accused is a voluntary one and the accused will have an aware state of mind. The prohibited act will have been committed intentionally and with knowledge of the facts which constitute the offence and the consequences which flow from them.

However they may be defined, the essential elements of the offence in issue will be met in most cases, and it is from this general position that the doctrine of entrapment should develop. The decision of Estey J. in *Amato, supra*, and Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, may also be seen to support this perspective. In a passage cited earlier, Estey J. stated at p. 445:

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 following comments of Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, at p. 148, are worthy of attention and are, in my view, equally applicable to the present discussion:

We are concerned here with a stay of proceedings because of an abuse of process by the Crown. While a stay of proceedings of this nature will have the same result as an acquittal and will be such a final determination of the issue that it will sustain a plea of *autrefois acquit*, its assimilation to an acquittal should only be for purposes of enabling an appeal by the Crown. Otherwise, the two concepts are not equated. The stay of

procédure. L'intimée soutient que c'est là la seule raison; l'appelant fait valoir que le tribunal est libre de considérer que la provocation policière porte aussi sur la culpabilité de l'inculpé et qu'à ce titre elle agit comme un moyen de défense au fond.

Il est vain, à mon avis, d'aborder la conduite inadmissible de la police par le biais de la doctrine du droit criminel de fond. La proposition de l'appelant pose trois problèmes. Premièrement, la conduite de la police et de ses agents, dans la plupart des cas, n'aura pas pour effet de supprimer la *mens rea* ni, d'ailleurs, l'*actus reus*. (Il peut y avoir des cas exceptionnels cependant; voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492.) L'acte matériel de l'inculpé est volontaire et l'inculpé aura agi consciemment. L'acte interdit aura été commis intentionnellement et avec la connaissance des faits qui constituent l'infraction et des conséquences qui en découlent.

De quelque façon qu'on s'y prenne pour les définir, les éléments essentiels de l'infraction en cause seront réunis dans la plupart des cas et c'est de ce point général qu'il faut partir pour dégager la doctrine de la provocation policière. On peut aussi considérer que la décision du juge Estey, dans l'arrêt *Amato*, précité, et celle du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, précité, entrent dans cette perspective. Dans un passage déjà cité, le juge Estey dit à la p. 445:

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.

Les commentaires suivants du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, précité, à la p. 148, méritent attention et, à mon avis, s'appliquent également au présent débat:

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'autrefois acquit, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite

proceedings for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. No consideration of the merits—that is whether the accused is guilty independently of a consideration of the conduct of the Crown—is required to justify a stay. In the case at bar the accused admitted that he had sold a pound of marijuana to an undercover officer. A consideration of the merits would necessarily have led to his conviction. The stay in this case intervenes to prevent consideration of the merits lest a conviction occur in circumstances which would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

Secondly, while the argument that the accused is not culpable because his or her conduct may be excused is more plausible, it is ultimately not compelling. For entrapment to be recognized as an excusing defence, it is clear that the focus must be directed at the effect of the external or internal circumstances on the accused. The appellant draws the Court's attention to the decision in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, where the defence of necessity was recognized. A majority of the Court (*per* Dickson, J. (as he then was) with Ritchie, Chouinard and Lamer JJ. concurring) held that the proper conceptual basis for recognition of the defence of necessity was as an excuse. Wilson J., writing for herself, held that necessity could be conceived of either as an excuse or as a justification for a criminal act.

Dickson C.J. outlined the distinction between "justifications" and "excuses" in criminal law theory in the following terms, at pp. 246-47:

Criminal theory recognizes a distinction between "justifications" and "excuses". A "justification" challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime. The police officer who shoots the hostage-taker, the innocent object of an assault who uses force to defend himself against his assailant, the Good Samaritan who commandeers a car and breaks the speed laws

d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension. En l'espèce, l'accusé a reconnu avoir vendu une livre de marijuana à un faux client qui était un agent de police. Un examen portant sur le fond aurait nécessairement entraîné un verdict de culpabilité. En l'espèce, la suspension a pour effet d'empêcher l'examen portant sur le fond de crainte qu'une déclaration de culpabilité ne soit prononcée dans des circonstances susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

En second lieu, si l'argument que l'inculpé n'est pas coupable parce que sa conduite est excusable est plus plausible, en dernière analyse, il n'est pas décisif. Pour que la provocation policière puisse être reconnue comme un moyen de défense disculpatoire, il est clair qu'il faut s'intéresser à l'effet qu'ont eu les circonstances externes ou internes sur l'inculpé. L'appelant appelle l'attention de la Cour sur l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, où la défense de nécessité a été reconnue. La Cour, à la majorité (le juge Dickson (maintenant Juge en chef) à l'avis duquel ont souscrit les juges Ritchie, Chouinard et Lamer), a jugé que le véritable fondement conceptuel de la reconnaissance de la défense de nécessité était une excuse. Le juge Wilson, écrivant en son nom propre, conclut qu'on peut concevoir la nécessité soit comme une excuse, soit comme une justification d'avoir commis un acte criminel.

Le juge en chef Dickson explique la distinction qu'il y a entre les «justifications» et les «excuses» selon la théorie du droit criminel dans les termes suivants, aux pp. 246 et 247:

La théorie en matière criminelle fait la distinction entre les «justifications» et les «excuses». Une «justification» a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime. L'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui

to rush an accident victim to the hospital, these are all actors whose actions we consider *rightful*, not wrongful. For such actions people are often praised, as motivated by some great or noble object. The concept of punishment often seems incompatible with the social approval bestowed on the doer.

In contrast, an "excuse" concedes the wrongfulness of the action but asserts that the circumstances under which it was done are such that it ought not to be attributed to the actor. The perpetrator who is incapable, owing to a disease of the mind, of appreciating the nature and consequences of his acts, the person who labours under a mistake of fact, the drunkard, the sleepwalker: these are all actors of whose "criminal" actions we disapprove intensely, but whom, in appropriate circumstances, our law will not punish.

Wilson J. agreed that there is a distinction between justifications and excuses in criminal law theory. She stated at p. 268: "In the case of justification the wrongfulness of the alleged offensive act is challenged; in the case of excuse the wrongfulness is acknowledged but a ground for the exercise of judicial compassion for the actor is asserted".

Dickson C.J. explained that what is being admitted in allowing the defence of necessity is that while the acts of the accused are voluntary in the physical sense of the word, the "choice" to break the law is no true choice at all; it is remorselessly compelled by normal human instincts" (p. 249). Dickson C.J. cited with approval the views of George Fletcher in *Rethinking Criminal Law* (1978), on the issue of moral or normative involuntariness (Fletcher, at pp. 804-5, cited in *Perka, supra*, at p. 249):

The notion of voluntariness adds a valuable dimension to the theory of excuses. That conduct is involuntary—even in the normative sense—explains why it cannot fairly be punished. Indeed, H.L.A. Hart builds his theory of excuses on the principle that the distribution of punishment should be reserved for those who voluntarily break the law. Of the arguments he advances for this

réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital, ce sont toutes là des personnes dont nous considérons les actes comme bons et non comme mauvais. Les gens sont souvent louangés pour de tels actes parce qu'ils sont accomplis pour un motif grand et noble. L'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur de l'acte reçoit de la part de la société.

Par contre, une «excuse» consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur. L'auteur d'un acte qui, à cause d'une maladie mentale, est incapable de juger la nature et les conséquences de ses actes, la personne qui agit sous l'influence d'une erreur de fait, la personne alcoolique, le somnambule: ce sont là des auteurs d'actes dont nous désapprouvons fortement les actes «criminels», mais que, dans certaines circonstances précises, notre loi ne punira pas.

Le juge Wilson convient qu'il y a une distinction entre les justifications et les excuses dans la théorie du droit criminel. Elle dit à la p. 268: «Dans le cas de la justification, on conteste le caractère mauvais de l'acte préjudiciable; quand on plaide l'excuse, par contre, on reconnaît le caractère mauvais de l'acte, tout en affirmant qu'il y a un motif qui justifie le tribunal à avoir de la compassion pour son auteur».

Le juge en chef Dickson explique que ce que l'on admet en reconnaissant la défense de nécessité c'est que, certes, les actes de l'inculpé sont volontaires au sens matériel du terme, mais que le «choix» qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain» (à la p. 249). Et le juge en chef Dickson de citer avec approbation les vues de George Fletcher dans *Rethinking Criminal Law* (1978), sur la question de l'involontaire moral ou normatif (Fletcher, aux pp. 804 et 805, cité dans l'arrêt *Perka*, précité, à la p. 249):

[TRADUCTION] La notion du caractère volontaire ajoute une dimension importante à la théorie des excuses. Cette conduite est involontaire—même dans le sens normatif—ce qui explique pourquoi on ne peut pas en toute équité la punir. En réalité, H.L.A. Hart fonde sa théorie des excuses sur le principe que l'imposition d'une peine devrait se limiter à ceux qui enfreignent volontai-

principle of justice, the most explicit is that it is preferable to live in a society where we have the maximum opportunity to choose whether we shall become the subject of criminal liability. In addition, Hart intimates that it is ideologically desirable for the government to treat its citizens as self-actuating, choosing agents. This principle of respect for individual autonomy is implicitly confirmed whenever those who lack an adequate choice are excused for their offenses.

In his conclusion on the proper theoretical source for the defence of necessity, Dickson C.J. stated at p. 250:

At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

The concept of normative involuntariness also informs the recognition of the defence of duress. In *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539, this Court, *per* McIntyre J., stated that with respect to the defence of duress as codified in s. 17 of the *Criminal Code* at p. 544:

f It can only become effective to protect an accused when it can be shown that the accused has, in fact, actually committed the offence. Where it applies, the commission of the offence is excused.

What both the defence of necessity and duress share is the requirement in law that to succeed on the allegation, the accused must demonstrate that the circumstances in which the offence was committed were truly oppressive and threatening so that the accused's decision to break the law is one which the community can both comprehend and absolve.

There may well be cases where the accused can argue that the police conduct gives rise to a defence of duress. If so, the accused can plead duress in conjunction with the claim that to allow the trial to proceed would constitute an abuse of process. It is hard to imagine a situation which amounted to duress that would not also form the basis of an abuse of process allegation, but the

rement la loi. Parmi les arguments qu'il invoque à l'appui de ce principe de justice, le plus explicite est celui qu'il est préférable de vivre dans une société qui nous offre le plus d'occasions de choisir d'être ou de ne pas être assujettis à une responsabilité criminelle. De plus, Hart laisse entendre que, du point de vue idéologique, il est souhaitable que le gouvernement considère les citoyens comme des personnes responsables et autonomes. Ce principe du respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui n'ont pas la possibilité raisonnable de choisir sont excusés de leurs infractions.

Dans sa conclusion sur la véritable source théorique de la défense de nécessité, le juge en chef

c Dickson dit à la p. 250:

Au cœur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Le concept d'involontaire normatif explique aussi la reconnaissance de la défense de contrainte.

e Dans l'arrêt *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, cette Cour, par l'intermédiaire du juge McIntyre, dit, parlant de la contrainte comme moyen de défense codifié à l'art. 17 du *Code criminel* à la p. 544:

f Il ne peut être accueilli que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction.

g Ce que les défenses de nécessité et de contrainte partagent, c'est qu'en droit pour avoir gain de cause en la matière, l'inculpé doit démontrer que les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise étaient réellement accablantes et menaçantes, de sorte que la société puisse à la fois comprendre et absoudre la décision de l'inculpé d'enfreindre la loi.

i Il se peut qu'il y ait des cas où l'inculpé peut arguer que la conduite de la police donne lieu à une défense de contrainte. Dans ce cas, l'inculpé peut plaider la contrainte et prétendre en sus qu'autoriser le procès à suivre son cours serait un abus de procédure. Il est difficile d'imaginer une situation assimilable à la contrainte qui ne puisse aussi servir de fondement à une allégation d'abus

obverse is not necessarily true; practices which constitute abuse of process may not amount to duress.

There is a distinction in the type of pressure an accused is faced with in a situation involving duress or necessity, and the type of pressure brought to bear on an accused through entrapment techniques. For example, with respect to duress, s. 17 of the *Code* requires that the accused be threatened with "immediate death or bodily harm". Similarly, the defence of necessity requires that the "situation be urgent and the peril be imminent" so that "normal human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable" (*Perka, supra*, at p. 251). Can it really be said that in an entrapment situation the accused is placed in circumstances which are equally traumatic? I do not think this is the case, and this is precisely the reason why a stay is entered instead of an acquittal. The accused in a typical entrapment situation is not being threatened with death or bodily harm and nor is peril imminent. I agree that there is a limit, imposed by external events, on the accused's freedom of choice of action in all three cases of duress, necessity and entrapment; there is, however, a great difference in the quality and degree of pressure in the entrapment situation: it is less intense and the circumstances are not morally agonizing to the accused.

de procédure, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai; des pratiques qui constituent un abus de procédure peuvent ne pas être assimilables à la contrainte.

^a Il faut distinguer entre le genre de pression à laquelle un inculpé est confronté dans un cas de contrainte ou de nécessité et le genre de pression exercée sur l'inculpé par les techniques de provocation policière. Par exemple, dans le cas de la contrainte, l'art. 17 du *Code* requiert que l'inculpé soit menacé «de mort immédiate ou de lésion corporelle». De même, la défense de nécessité requiert que la «situation soit urgente et que le danger soit imminent» de sorte qu'un être humain normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable» (*Perka*, précité, à la p. 251). Peut-on réellement dire qu'en situation de provocation policière l'inculpé se trouve placé dans des circonstances qui sont aussi traumatisantes? Je ne pense pas que ce soit le cas et c'est là précisément la raison pour laquelle il y a suspension et non acquittement. ^b Dans une situation de provocation policière typique, l'inculpé n'est menacé ni de mort ni de lésion corporelle et le péril n'est pas imminent. Je reconnais qu'il y a une limite, imposée par des événements externes, à la liberté de choix de l'inculpé dans les trois cas de contrainte, de nécessité et de provocation policière; il y a cependant une grande différence dans le genre et dans le degré de pression en situation de provocation policière: elle est moins intense et, moralement, le dilemme n'est pas aussi cornélien pour l'inculpé.

^c Le droit criminel, comme le note le professeur Eric Colvin dans son *Principles of Criminal Law* (1986), a reconnu comme moyen de défense [TRA-DUCTION] «Seulement les excuses les plus fortes» (à la p. 166). Je suis d'opinion, tout bien pesé, que la provocation policière n'est pas un moyen de défense disculpatoire et je ne vois vraiment rien de fondé dans l'idée que la provocation policière est un moyen justificatif de défense, parce qu'on ne peut dire que la perpétration du crime par l'inculpé en raison de la pression policière n'était pas impréhensible.

^d La notion que la provocation policière a un rapport avec le blâme ou la culpabilité imputable à

The criminal law, as noted by Professor Eric Colvin in his text *Principles of Criminal Law* (1986), has recognized as defences, "Only the strongest of excuses" (at p. 166). It is my considered opinion that entrapment is not an exculpatory defence and I find absolutely no merit in the idea that the entrapment is a justifying defence because it cannot be said that the accused's commission of the crime by reason of police pressure was not wrongful.

There is a third and perhaps more fundamental problem with the notion that entrapment relates to

the blameworthiness or culpability of the accused: if this is the proper theoretical foundation for allowing the claim of entrapment, then on what principled basis can we justify limiting the defence to situations where it is the state, and not a private citizen, who is the entrapping party? Professor Colvin makes this point in the following passage (*supra*, at p. 232):

Considering entrapment from the standpoint of the theory of criminal culpability, the better arguments are for recognizing the defence in a procedural rather than an exculpatory form. This is not to deny that circumstances of entrapment can sometimes provide an excuse which might merit recognition by way of a special defence. But, if the argument for an excusing defence is accepted, it demands much more than the entrapment defence as it has been hitherto conceived. The arguments for an entrapment defence have been made with respect to entrapment by the police or their agents. Yet in almost all cases, the accused would not have known who was entrapping him. It is therefore immaterial to his culpability whether it happened to be the police or someone else. The argument for an excusing defence can only be sustained as an argument for a defence of wider application, available wherever someone has been pressured into committing an offence by another person. The defence of duress represents a limited concession to the view that exculpation can be appropriate in this kind of situation. There has, however, been little support for extending its rationale to cases of persistent solicitation. In addition, the arguments for making entrapment an excusing defence have generally been confined to entrapment by the police or their agents. If the defence is to be subject to this limitation, it is best conceived as an aspect of abuse of process. [Citations omitted.]

It could be argued, as an American author has, that the limitation to police and their agents is necessary to avoid collusion between co-conspirators, for example where one conspirator takes the blame for the commission of an offence by testifying he or she entrapped the co-conspirators, and also to avoid false claims of entrapment against people who cannot be located by the prosecution. The writer asserts it would be difficult to ascertain the truth if such testimony is uncontradicted (see:

l'inculpé pose un troisième problème, encore plus fondamental peut-être: s'il s'agit là d'un fondement théorique approprié justifiant de reconnaître l'allégation de provocation policière, sur quel principe de base peut-on justifier la limitation de la défense à des situations où c'est l'État, et non quelque citoyen privé, qui provoque? Le professeur Colvin soulève ce point dans le passage suivant (précité, à la p. 232):

[TRADUCTION] Considérant la provocation policière du point de vue de la théorie de la culpabilité criminelle, les meilleurs arguments militent en faveur d'une reconnaissance du moyen de défense au niveau de la procédure plutôt que sous une forme disculpatoire. Il ne s'agit pas de nier qu'en certaines circonstances la provocation policière peut parfois servir d'excuse qui mérite d'être reconnue comme un moyen de défense particulier. Mais, si l'on accepte l'argument d'un moyen de défense disculpatoire, il exige beaucoup plus que la défense de provocation policière telle qu'elle a jusqu'à maintenant été conçue. Les arguments en faveur d'une défense de provocation policière ont été avancés dans le cas d'une provocation par la police ou par ses agents. Et pourtant, dans presque tous les cas, l'inculpé ignorait qui le provoquait. Cela n'a donc aucune importance au regard de sa culpabilité qu'il se soit agi de la police ou d'un tiers. L'argument en faveur d'un moyen de défense disculpatoire ne peut être fondé qu'en tant qu'argument favorable à une défense d'application plus large, dont disposerait quiconque a été amené à commettre une infraction par un tiers. La défense de contrainte représente une concession limitée envers la conception qui voit la disculpation comme appropriée dans ce genre de situation. L'extension de ce motif à des cas de sollicitations persistantes n'a guère trouvée d'appui cependant. En outre, les arguments favorables à la provocation en tant que défense disculpatoire ont généralement été confinés à la provocation par la police ou ses agents. Si la défense doit être limitée ainsi, il vaut mieux la concevoir comme un aspect de l'abus de procédure. [Citations omises].

On pourrait soutenir, comme l'a fait un auteur américain, que cette limitation à la police et à ses agents est nécessaire pour éviter la collusion entre parties à un même complot, par exemple lorsque l'une de ces parties assume le blâme pour la perpétration d'une infraction en déclarant, dans son témoignage, qu'elle a provoqué les autres parties, et aussi pour éviter de fausses allégations de provocation contre des tiers que la poursuite ne peut découvrir. L'auteur soutient qu'il serait difficile

R. Park, "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163, at pp. 241-42). The second point urged by this author is that in addition to being concerned with culpability, the defence has the objective of maintaining the purity of the courts and controlling police conduct and one "may properly limit the defense to circumstances in which these policies would be served simultaneously" (at p. 242).

I do not find either of these two arguments persuasive of the proposition for which they are put forward. First of all, I would note that the authors of the majority opinions in the United States Supreme Court make no effort to justify the lack of extension of the defence to entrapment by private persons on any grounds, let alone either of the two described above. This suggests to me that the issue is not the appropriateness of limiting the defence to entrapment by police or their agents, but rather the assumed inappropriateness of extending the defence any further. The reasons for not extending it do not relate to blameworthiness.

Even if I were of the view, which I am not, that the fundamental reason behind recognizing the claim of entrapment is culpability, I could not accept Professor Park's justifications for restricting the defence. The concern regarding collusion among co-conspirators exists in the defence of duress as well. The credibility of the testimony of a co-conspirator who admits to entrapment under an agreement to take the blame for the commission of an offence would have to be carefully considered even assuming it would be a common event for one conspirator to play the part of a martyr. I think this proposition is a bit unrealistic but even if it is not, a trier of fact would not likely be misled by invalid claims by co-conspirators. Further, under s. 17 of the *Code*, individuals who are parties to a conspiracy or association whereby they are subject to compulsion are disentitled to claim duress as a defence. Similarly, in England, where the defence of duress is governed by the common law, it has been held that the defence is unavailable to those who commit an offence under pressure, if at the

d'établir la vérité si un témoignage de ce genre n'est pas contredit (voir: R. Park «The Entrapment Controversy» (1976), 60 *Minn. L.R.* 163, aux pp. 241 et 242). Cet auteur insiste sur un second point:
^a en plus de concerner la culpabilité, le moyen de défense a pour objet le maintien de l'intégrité des tribunaux et le contrôle de la conduite de la police et l'on [TRADUCTION] «peut, à bon droit, limiter le moyen de défense à des circonstances où ces fins sont simultanément servies» (à la p. 242).

Je ne trouve ni l'un ni l'autre argument persua-sif, quant à la proposition pour laquelle ils sont avancés. En premier lieu, je rappelle que les auteurs des opinions majoritaires de la Cour suprême des États-Unis n'ont pas tenté de justifier l'absence d'extension de la défense de provocation policière aux personnes privées quel que soit le motif, encore moins pour les deux précédemment décrits. Ce qui m'amène à penser que ce qui est en cause, ce n'est pas le bien-fondé de la limitation de la défense à la provocation par la police ou par ses agents, mais plutôt le postulat voulant qu'il serait mal fondé d'étendre encore plus la défense. Les raisons de ne pas l'étendre n'ont pas de rapport avec la responsabilité.

Même si je devais être d'avis, ce qui n'est pas le cas, que la raison fondamentale qui se cache derrière la reconnaissance de la provocation policière est la culpabilité, je ne pourrais accepter les justifications du professeur Park pour restreindre la défense. La crainte de collusion entre parties à un complot existe dans le cas de la défense de contrainte aussi. La crédibilité du témoignage de l'une des parties au complot qui admet être l'auteur d'une provocation, en exécution d'un accord prévoyant qu'il assumera le blâme pour la perpétration d'une infraction, devrait être soigneusement examinée, même en présumant qu'il arrivera fréquemment que l'une des parties au complot joue ce rôle de martyr. Cette proposition est, je pense, un peu irréaliste mais, même dans le cas contraire, les prétentions invalides des parties à un complot, vraisemblablement, n'égareront pas le juge des faits. De plus, en vertu de l'art. 17 du *Code*, les individus parties à un complot ou à une association coercitive à leur égard perdent le droit d'alléguer la contrainte comme moyen de défense. De même,

time of commission they are active members of a criminal organization or association that they joined voluntarily and with the knowledge that the association might put pressure on them to commit an offence (see: *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103 (C.C.A.); and see also, *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.), *per* Lord Halisham at p. 782 and *per* Lord Griffiths at p. 786, both citing *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20 (N.I. C.C.A.))

en Angleterre, où la défense de contrainte est régie par la *common law*, il a été jugé que ceux qui commettent une infraction sous la menace ne peuvent se prévaloir de la défense si, au moment de la perpétration, ils participent activement à une organisation ou association de malfaiteurs, à laquelle ils se sont joints volontairement, en sachant que l'association pourrait les forcer à commettre une infraction (voir: *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103 (C.C.A.); et voir aussi, *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.), lord Halisham à la p. 782 et lord Griffiths à la p. 786, citant tous deux *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20 (N.I. C.C.A.))

The spectre of false allegations by people is also an unsatisfactory basis upon which to deny the availability of the defence to those who are not falsely claiming that they have been entrapped. In the situation where the alleged entrappor cannot be found the issue would fall to be resolved by reference to the credibility of the accused and, if necessary, to any facts which support or undermine the accused's version of events. In all truly difficult cases the trier of fact may be trusted to ascertain the truth to the degree necessary to either uphold or reject the defence.

I also reject the second argument put forward by Professor Park, namely, that it is proper to limit the defence to cases where the culpability concern and assessment of police conduct concern can both be met. This simply illustrates that the real issue is the conduct of the state and the effect that conduct has on the administration of justice. Further, an American court following the subjective approach will convict a predisposed accused even if the police conduct was particularly offensive unless, perhaps, it was so outrageous as to trigger a due process defence. It is my view that it would bring the administration of justice into disrepute to permit a conviction in those circumstances and the goal of preserving respect for the courts would be undermined. This illustrates that a fusion of the culpability and administration of justice rationales produces a doctrine which is misguided with respect to blameworthiness and too restrictive to

Le spectre des fausses allégations aussi est un fondement insatisfaisant quand on veut refuser la défense à ceux qui ne se prétendent pas faussement victimes d'une provocation. Dans le cas où le préteudu provocateur ne peut être trouvé, la question devrait être résolue en fonction de la crédibilité de l'inculpé et, si nécessaire, de tous les faits qui corroborent ou infirment sa version des événements. Dans tous les cas vraiment difficiles, on peut s'en remettre en toute confiance au juge des faits qui saura établir suffisamment la vérité pour être en mesure d'accueillir ou de rejeter le moyen de défense.

Je rejette aussi le second argument avancé par le professeur Park, qu'il conviendrait de limiter la défense aux cas qui satisfont tant à l'aspect culpabilité qu'à l'aspect évaluation de la conduite de la police. Cela montre simplement que la véritable question est le comportement de l'État et l'effet de ce comportement sur l'administration de la justice. De plus, un tribunal américain qui suit l'orientation subjective condamnera un inculpé prédisposé même si la conduite de la police s'est révélée particulièrement offensante, à moins, peut-être, qu'elle ne se révèle à ce point outrageante qu'elle déclenche une défense d'application régulière de la loi. Je suis d'avis qu'on déconsidérerait l'administration de la justice en autorisant une déclaration de culpabilité dans ces circonstances et que l'on saperait le but recherché, la préservation du respect pour les tribunaux. Ce qui montre qu'une fusion des motivations tenant à la culpabilité et à l'administration de la justice produit une doctrine peu judicieuse concernant l'imputation du blâme,

achieve the objective of preserving respect for the administration of justice.

I remain firmly of the view that the true basis for allowing an accused the defence of entrapment is not culpability. I will summarize the main reasons. Firstly, in most cases the essential elements of the offence will have been met. Secondly, the circumstances in which an accused is placed in an entrapment situation are not agonizing in the sense acknowledged by the defences of duress or necessity. Where the police conduct does amount to duress, that defence can be pleaded in conjunction with an abuse of process allegation. I would note, however, that any "threats" by the police, even if insufficient to support the defence of duress, will be highly relevant in the assessment of police conduct for the purpose of an abuse of process claim. The third reason why I am unwilling to view entrapment as relating to culpability is that if it did, there would not be a valid basis on which to limit the defence to entrapment by the state. The lack of support for an extension of the defence to provide against entrapment by private citizens demonstrates that the real problem is with the propriety of the state's employing such law enforcement techniques for the purpose of obtaining convictions. If this is accepted, then it follows that the focus must be on the police conduct.

IV. The Proper Approach

The next and more difficult issue to be considered is what is the appropriate method of determining whether police conduct has exceeded permissible limits such that allowing a trial to proceed would constitute an abuse of process? The objective and subjective approaches as revealed in the writings of the United States Supreme Court have each been soundly criticized and there is some difficulty in disentangling oneself from the accepted definitions of the terms "subjective" and "objective", or from the explanations of these two types of analysis. As far as possible, however, I

et trop restrictive pour permettre d'atteindre l'objectif de préservation du respect pour l'administration de la justice.

a Je demeure fermement convaincu que le véritable fondement qui permet à un inculpé d'invoquer la défense de provocation policière n'est pas la culpabilité. J'en résume les principales raisons. Premièrement, dans la plupart des cas, les éléments essentiels de l'infraction sont réunis. Deuxièmement, les circonstances dans lesquelles l'inculpé est placé en situation de provocation policière ne sont pas déchirantes, au sens reconnu dans les défenses de contrainte ou de nécessité. Lorsque b la conduite de la police devient assimilable à la contrainte, ce moyen de défense peut être plaidé concurremment avec une allégation d'abus de procédure. Je me dois de rappeler, néanmoins, que toutes les «menaces» de la police, même si elles ne c suffisent pas à fonder une défense de contrainte, seront fort pertinentes quand il s'agira d'évaluer la conduite de la police pour les fins d'une allégation d'abus de procédure. La troisième raison pour d laquelle je refuse de voir un rapport entre la provocation policière et la culpabilité est que, si e c'était le cas, il n'y aurait aucun fondement valide justifiant de limiter la défense de provocation par l'État. L'absence d'appui en faveur de l'extension f de la défense à la provocation par des citoyens privés démontre que le véritable problème réside dans le bien-fondé pour l'État d'employer de telles g techniques pour faire respecter la loi, dans le but d'obtenir des déclarations de culpabilité. Si l'on admet cela, il s'ensuit qu'il faut axer l'analyse sur la conduite de la police.

IV. La façon appropriée d'aborder le problème

i La question suivante, plus difficile, qu'il faut se poser est de savoir quelle est la méthode appropriée pour déterminer si la conduite de la police a dépassé les limites de l'acceptable, de sorte que permettre au procès de suivre son cours constituerait un abus de procédure. Les conceptions objectives et subjectives qui se dégagent des écrits de la Cour suprême des États-Unis ont l'une et l'autre été critiquées à bon droit et il n'est pas facile de se dégager des définitions reconnues des termes «subjectif» et «objectif», ni des explications fournies par j ces deux analyses. Dans la mesure du possible,

would like to consider the issue from a clean slate and decide what is appropriate in the Canadian context. Before doing so, however, the decision of Estey J. in *Amato, supra*, must be reviewed.

In *Amato*, Estey J. accepted the rationale of the minority in the United States Supreme Court, and this might seem to dictate a concurrent acceptance of the minority's method of inquiry, which is to ask if a hypothetical nonpredisposed person would likely have been induced to commit an offence; if so, the police have gone beyond providing merely an opportunity for criminal activity (*Sherman, supra, per Frankfurter J.*, at p. 384). It appears, however, that Estey J. articulated a test which has both subjective and objective components. For ease of reference I will paraphrase the essential elements of the defence as stated by Estey J. in *Amato*, at p. 446:

1. (a) The offence must be instigated, originated or brought about by the police; and
 (b) the accused must be ensnared into the commission of the offence by the police conduct.
 2. 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.
 3. The inducement may include, among other things, deceit, fraud, trickery or reward and will usually, although not necessarily, consist of calculated inveigling and persistent importuning.
 4. 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.
 5. In the result the scheme must be considered, in all the circumstances, so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute.
 6. In examining the character in law of the police conduct—for example, persistent importuning—, the existence of reasonable suspicion on behalf of the police that the accused would commit the offence without inducement is relevant.
- b c d e f g h i j
- néanmoins, j'aimerais aborder la question en faisant table rase et décider ce qui s'impose dans le contexte canadien. Avant de ce faire cependant, la décision du juge Estey, dans l'arrêt *Amato*, précitée, doit être étudiée.
- Dans l'arrêt *Amato*, le juge Estey s'est rallié aux raisons de la minorité de la Cour suprême des États-Unis, et cela semblerait dicter corollairement une acceptation de la méthode d'investigation de la minorité, laquelle consiste à se demander si une personne hypothétique, sans prédisposition, aurait vraisemblablement été induite à commettre une infraction; dans ce cas, la police ne s'est pas simplement contentée de fournir l'occasion de l'activité criminelle (*Sherman*, précité, le juge Frankfurter, à la p. 384). On voit cependant que le juge Estey a formulé un test comportant des critères tant subjectifs qu'objectifs. Pour faciliter l'exposition, je reprends, en paraphrasant, l'énoncé des éléments essentiels de la défense donné par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, à la p. 446:
1. a) L'infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police; et
 b) la conduite de la police doit avoir incité l'accusé à commettre l'infraction.
 2. 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.
 3. 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.
 4. 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.
 5. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.
 6. Dans l'examen de l'aspect juridique de la conduite policière, à titre d'exemple, les sollicitations répétées, les soupçons raisonnables des policiers, que l'accusé commettrait l'infraction sans incitation, sont pertinents.

7. By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence.

It is evident to me that Estey J.'s criteria have nothing to do with a determination of whether the particular accused should be excused from the commission of the crime. The question is whether the conduct of the police has exceeded acceptable limits. The issue is whether this conduct should be evaluated in light of the particular accused or whether the analysis should be more detached and focus on police conduct with accused persons generally. I have come to the conclusion that it is the latter method of analysis which is the most consistent with the reasons for recognizing the doctrine of entrapment, and which best achieves the objective of ensuring that the administration of justice commands the respect of the community.

There is a danger that a court will be misled into a subjective analysis focusing on the effect of the police conduct on the particular accused because of some of the wording used by Estey J. in *Amato, supra*. This appears to be the approach taken by the trial judge in the present case. Since I concurred in that opinion it is necessary to explain what I believe to have been the meaning of Estey J.'s opinion and further, to expand on parts of the test enunciated in *Amato, supra*. It has, for example, been noted by Professor France in his article, "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1, at p. 12, that Estey J.'s use of certain turns of phrase may lead to a predisposition inquiry:

The use of the word "ensnare" is confusing. The requirement that the accused be ensnared may just be a reference to the factual necessity that the commission of the offence must have been in response to the efforts of the government agent. If this is the case though, it seems to add little to the preceding condition that the offence be brought about by the agent. The concern here is that the word is more likely to be seen as suggesting some predisposition inquiry, in that it must be the government agent's conduct alone that prompted the accused to offend, or in other words, that the accused would not have otherwise offended. It is not suggested that Estey J.

7. Prise isolément et sans que rien d'autre n'intervienne, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense.

^a Il me paraît évident que les critères du juge Estey n'ont rien à voir avec une décision où il s'agirait de savoir si l'on doit excuser l'inculpé en cause pour le crime commis. La question est de savoir si la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Il s'agit de savoir si cette conduite doit être évaluée en fonction de l'accusé en cause ou si l'on doit procéder à une analyse plus détachée, et ne s'intéresser qu'à la conduite de la police envers les accusées en général. J'en suis venu à la conclusion que c'est cette dernière méthode d'analyse qui est la plus compatible avec les raisons de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière et qui permet le mieux d'atteindre l'objectif visé, s'assurer que l'administration de la justice jouit du respect de la collectivité.

^b Il y a le danger qu'un tribunal soit amené à tort à procéder à une analyse subjective, à s'intéresser à l'effet de la conduite de la police sur l'inculpé en cause par suite de certains termes employés par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Il semble que ce soit la démarche suivie par le juge du procès en l'espèce. Comme je souscris à cette opinion, il est nécessaire que j'explique ce que je crois être le sens de l'opinion du juge Estey et, en outre, que je m'étende sur certains aspects du test énoncé dans l'arrêt *Amato*, précité. Le professeur France a noté, par exemple, dans son article intitulé «Problems in the Defence of Entrapment» (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1, à la p. 12, que l'emploi de certaines expressions peut mener à une investigation de la prédisposition:

^c [TRADUCTION] L'emploi du terme «inciter» prête à confusion. L'exigence que l'inculpé soit incité peut n'être qu'une référence au fait qu'il est nécessaire que la perpétration de l'infraction soit due aux efforts de l'agent du gouvernement. Si c'est le cas cependant, cela ne semble guère ajouter à la condition précédente voulant que l'infraction ait été occasionnée par l'agent. Le point qui est préoccupant ici est que le terme risque plutôt d'être perçu comme une invitation à procéder à une investigation quelconque de la prédisposition, puisqu'il faut que ce soit le seul comportement de l'agent du gouvernement qui ait poussé l'inculpé à l'infraction ou,

meant this, but hindsight suggests it is an unhappy word to have used.

In the same manner, the reference to the "reasonable suspicion" of the police as being a relevant circumstance could be interpreted as begging a predisposition-based analysis. In other words, if the police believe the accused would have committed the offence without inducement, does this mean they believe he or she was predisposed to commit the offence, and therefore their conduct is justified? If this is how the reference to "reasonable suspicion" is interpreted, it would have the effect of indirectly incorporating a predisposition analysis. I concede that it is hard to deny the relevance of the reasonable suspicions of the police in assessing their conduct towards a particular accused, and I will explain later at what stage of the analysis it should be taken into account.

It could also be argued that the use of the term "entrapment" itself dictates an inquiry into the predisposition of the individual accused. The argument is really one of causation. As I understand it, the idea is that even if the police conduct, viewed objectively, has gone further than the provision of an opportunity, in the case of an accused who is predisposed, it cannot be said that the reason or cause for his or her commission of the offence is the actions of the police; rather, it is because of the accused's predisposition to crime. In my opinion, the test for entrapment cannot be safely based on the assumption that a predisposed person can never be responding to police conduct in the same way a non-predisposed person could be. It is always possible that, notwithstanding a person's predisposition, in the particular case it is the conduct of the police which has led the accused into the commission of a crime.

Those who argue for an inquiry into predisposition, and thereby deny the availability of an allegation of police misconduct, ignore this possibility. I am unwilling to do so. Obviously it is difficult to determine exactly what caused the accused's actions, but given that the focus is not the

en d'autres termes, s'assurer que l'inculpé ne l'aurait pas commise autrement. Il ne s'agit pas d'affirmer que c'était là ce que voulait dire le juge Estey, mais plutôt intuitivement, que c'était là employer un terme malheureux.

De même, la mention d'un «soupçon raisonnable» de la police comme circonstance pertinente pourrait être interprétée comme une invitation à procéder à une analyse fondée sur la prédisposition. En d'autres termes, si les policiers croient que l'inculpé aurait commis l'infraction sans y être incité, cela signifie-t-il qu'ils le croient prédisposé à commettre l'infraction et, par conséquent, que leur conduite est justifiée? Si c'était ainsi que la mention du «soupçon raisonnable» était interprétée, elle aurait pour effet d'introduire indirectement une analyse sur la prédisposition. Je conviens qu'il est difficile de nier la pertinence d'un soupçon raisonnable de la police quand on évalue sa conduite envers l'inculpé en cause, aussi expliquerais-je plus loin à quel stade de l'analyse il faut en tenir compte.

On peut aussi soutenir que l'emploi du terme «provocation» en lui-même dicte une investigation de la prédisposition de l'individu inculpé. Il s'agit en réalité d'un argument causal. Si je comprends bien, l'idée est que, même si, objectivement, la conduite de la police, va plus loin que l'offre d'une occasion, dans le cas de l'inculpé prédisposé, on ne peut dire que ce sont les actes des policiers qui sont la raison ou la cause de la perpétration de l'infraction; plutôt, c'est en raison de la prédisposition de l'inculpé au crime. À mon avis, le test de la provocation policière ne saurait être fondé sans risque sur le postulat qu'une personne prédisposée ne peut jamais réagir à la conduite de la police de la même manière qu'une personne qui n'a pas ce penchant. Il est toujours possible que, indépendamment de la prédisposition de la personne, dans un cas particulier, ce soit la conduite de la police qui ait amené l'inculpé à commettre un crime.

Ceux qui demandent une investigation de la prédisposition, et par conséquent refusent de se prévaloir d'une allégation de la conduite irrégulièrre de la police, ne tiennent pas compte de cette possibilité. Je ne suis pas de cet avis. De toute évidence, il est difficile de déterminer exactement

accused's state of mind but rather the conduct of the police, I think it is sufficient for the accused to demonstrate that, viewed objectively, the police conduct is improper. To justify police entrapment techniques on the ground that they were directed at a predisposed individual is to permit unequal treatment. I gratefully adopt the criticisms espoused in the minority and dissenting opinions of the judgments of the United States Supreme Court discussed earlier, which have convinced me of the fundamental inequality inherent in an approach that measures the permissibility of entrapment by reference to the predisposition of the accused.

Further, the predisposition approach amounts in most cases to little more than an *ex post facto* justification for behaviour which would be unacceptable if directed at a non-predisposed person, and the reasoning process is quite illogical. For example, in those courts following a subjective approach, once predisposition is admitted, there can be no defence of entrapment, regardless of whether the conduct, objectively considered, appears to go beyond the mere provision of an opportunity to commit a crime. It seems to me, however, that since, according to the definition used in the United States Supreme Court, a predisposed person is one who would commit an offence when given the opportunity, the fact that the police must go further to attract a person into the commission of an offence suggests that the person was not predisposed. This demonstrates that the police were wrong; it hardly supports the idea that it is logical to preclude an entrapment claim by predisposed persons who have been provided with more than an opportunity. There is an additional concern that the mere fact that the accused committed the crime may be taken to demonstrate predisposition, and again this would preclude any analysis of the propriety of the police behaviour. For these reasons, I have come to the conclusion that the subjective approach followed by the majority of the United States Supreme Court is fundamentally flawed and is inconsistent with the rationale I have accepted for the doctrine of entrapment.

la cause des actes de l'inculpé, mais étant donné qu'on ne doit pas s'intéresser à l'état d'esprit de l'inculpé mais plutôt à la conduite de la police, je pense qu'il suffit que l'inculpé démontre qu'objectivement la conduite de la police était irrégulière. Justifier la technique de la provocation policière parce qu'elle visait un individu prédisposé, c'est autoriser un traitement inégal. C'est avec reconnaissance que je fais miennes les critiques épousées par la minorité dans les opinions dissidentes des arrêts de la Cour suprême des États-Unis analysés précédemment; elles m'ont convaincu de l'inégalité fondamentale inhérente à une démarche qui mesure l'admissibilité de la provocation par référence à la prédisposition de l'inculpé.

De plus, aborder le problème en fonction de la prédisposition équivaut, dans la plupart des cas, à rien de moins qu'une justification *ex post facto* d'une conduite qui aurait été inacceptable si elle avait visé une personne non prédisposée, et le processus du raisonnement est fort illogique. Par exemple, pour les tribunaux qui appliquent la conception subjective, une fois la prédisposition admise, il ne peut y avoir de défense de provocation policière, indépendamment de toute conduite qui, objectivement, paraît aller au-delà de la simple occasion fournie de commettre un crime. Il me semble toutefois que, selon la définition utilisée par la Cour suprême des États-Unis, une personne prédisposée est celle qui commettrait l'infraction si elle en avait l'occasion et le fait que la police doit aller plus loin pour entraîner une personne prédisposée à commettre une infraction porte à croire qu'elle n'était pas prédisposée. Ce qui démontre que la police avait tort; cela ne confirme guère l'idée qu'il est logique de refuser l'allégation de provocation policière aux personnes prédisposées auxquelles on a fourni plus qu'une occasion. Il est aussi préoccupant que le simple fait que l'inculpé ait commis le crime puisse démontrer la prédisposition et, ici encore, cela interdit toute analyse de la régularité de la conduite de la police. Pour ces raisons, j'en suis venu à la conclusion que la conception subjective suivie par la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis est fondamentalement boîteuse et incompatible avec le fondement de la doctrine de la provocation policière que j'accepte.

I do not interpret what was said in *Amato* as in any way endorsing a predisposition-based inquiry, and I am confirmed in this view by Estey J.'s statement that "By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence" (*Amato, supra*, at p. 446, emphasis added). Further, the statement of Estey J. with respect to the police suspicion that the accused would commit the offence without inducement, properly understood, does not import an inquiry into the predisposition of the particular accused. I take this statement to mean that the police are entitled to provide opportunities for the commission of offences where they have reasonable suspicion to believe that the individuals in question are already engaged in criminal conduct. The absence of a reasonable suspicion may establish a defence of entrapment for two reasons: firstly, it may indicate the police are engaged in random virtue-testing or, worse, are carrying on in that way for dubious motives unrelated to the investigation and repression of crimes and are as such "*mala fides*".

Of course, in certain situations the police may not know the identity of specific individuals, but they do know certain other facts, such as a particular location or area where it is reasonably suspected that certain criminal activity is occurring. In those cases it is clearly permissible to provide opportunities to people associated with the location under suspicion, even if these people are not themselves under suspicion. This latter situation, however, is only justified if the police acted in the course of a *bona fide* investigation and are not engaged in random virtue-testing. While, in the course of such an operation, affording an opportunity in a random way to persons might unfortunately result in attracting into committing a crime someone who would not otherwise have had any involvement in criminal conduct, it is inevitable if we are to afford our police the means of coping with organized crime such as the drug trade and certain forms of prostitution to name but those two.

To illustrate *mala fides* conduct, consider the following: a police officer, who disapproves of

Je n'interprète nullement ce qui a été dit dans l'arrêt *Amato* comme un endossement d'une investigation fondée sur la prédisposition et le juge Estey me confirme dans cette opinion quand il dit ^a que, «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» (*Amato*, précité, à la p. 446, je souligne). En outre, ce que dit le juge Estey au sujet du soupçon de la police que l'inculpé aurait commis l'infraction sans incitation, bien compris, ne présuppose pas une investigation de la prédisposition de l'inculpé en cause. Suivant mon interprétation, cela signifie que les policiers ont le droit d'offrir des occasions de commettre des infractions aux individus qu'ils peuvent raisonnablement soupçonner de vouloir commettre un crime sans y être incités. L'absence de soupçon raisonnable peut établir une défense de provocation policière pour deux raisons: premièrement, elle peut indiquer que les policiers cherchent à éprouver la vertu des gens en général ou, pire, qu'ils procèdent de la sorte pour des motifs douteux sans lien avec l'investigation et la répression des crimes et sont à ce titre «de mauvaise foi».

Bien sûr, dans certains cas, la police peut connaître l'identité d'individus précis, sans connaître certains autres faits, comme un lieu ou une zone particuliers qu'on peut raisonnablement suspecter d'être le théâtre d'une certaine activité criminelle. Dans ces cas, il est tout à fait permis de fournir des occasions à ceux qui sont associés aux lieux suspectés même si ces gens ne sont pas eux-mêmes soupçonnés. Cette dernière situation n'est seulement justifiée que si la police procède à une véritable enquête et ne cherche pas à éprouver la vertu des gens. Quoique, au cours d'une telle opération, donner par hasard une occasion à des gens de commettre un crime risque malheureusement d'amener à le faire quelqu'un qui n'aurait autrement pas eu de conduite criminelle, ceci est inévitable si nous devons donner à nos policiers les moyens de faire face au crime organisé, comme le trafic de stupéfiants et certaines formes de prostitution pour ne nommer que ces deux-là.

Pour illustrer la conduite de mauvaise foi, imaginons un policier qui désapprouve la libération

parole, sends prostitutes to solicit male parolees on, let us say, their first day out of the penitentiary, in order to get them to commit an offence and so have their parole revoked.

To illustrate conduct which is suggestive of random virtue-testing and which has the serious unnecessary risk of attracting innocent and otherwise law-abiding individuals into the commission of a criminal offence, consider the situation where a police officer decides he wants to increase his performance in court. To this end he plants a wallet with money in an obvious location in a park, and ensures that the wallet contains full identification of the owner. Someone may walk up, take the money and throw away the wallet and the identification; he would then arrest and charge that person. In my opinion, whether or not we are willing to say the average person would steal the money, this policeman has acted without any grounds, and his conduct carries the unnecessary risk that otherwise law-abiding people will commit a criminal offence. On the other hand, consider the situation where the police have received many complaints with respect to a theft of handbags in, for example, a bus terminal. If in the course of a *bona fide* inquiry, the police plant a handbag in an obvious location in the bus terminal and then arrest and charge the person who took the bag, I am of the opinion that this would not be a situation of entrapment. Despite the fact that the second of these three situations actually occurred in the United States, there is no indication that the police in this country are anywhere engaged in this type of conduct, and I doubt that entrapment cases in this country will raise allegations of this sort. I point it out because I think these extreme and unlikely examples illustrate that, at a very basic level, we do not expect to have contact with the police unless we have done something to trigger their suspicions, or unless we happen to be in the vicinity or reach of a *bona fide* investigation of criminal activity. Further, I think this type of situation must be considered, if only to ensure that the structure of the doctrine of entrapment is internally coherent.

conditionnelle et envoie des prostituées pour solliciter des hommes en libération conditionnelle, disons, le jour de leur sortie du pénitencier, pour qu'ils commettent une infraction ce qui entraîne la *a* révocation de leur libération conditionnelle.

À titre d'illustration d'une conduite dont on peut dire qu'elle vise à éprouver au hasard la vertu en général, laquelle comporte des risques graves et *b* inutiles d'entraîner des individus innocents et respectueux de la loi à commettre une infraction criminelle, prenons le cas où un policier décide qu'il veut améliorer le nombre de condamnations en cours. À cette fin, il dispose un portefeuille contenant de l'argent bien en évidence dans un parc, en s'assurant qu'il y a dans le portefeuille des pièces d'identité suffisantes pour identifier son propriétaire. Un promeneur peut prendre l'argent et *c* se débarrasser du portefeuille et des pièces d'identité et il procède alors à l'arrestation et à l'inculpation de cette personne. À mon avis, que nous soyons ou non prêts à dire que l'individu moyen aurait volé l'argent, le policier a agi sans fondement et sa conduite comportait le risque inutile que des personnes par ailleurs respectueuses de la loi commettent une infraction criminelle. Par contre, considérons la situation où la police a reçu plusieurs plaintes de vol de sacs à main, par exemple, dans une gare routière. Si, au cours d'une véritable enquête, la police place un sac à main en évidence dans la gare routière et arrête et accuse la personne qui prend le sac, j'estime qu'il n'y aurait *d* pas alors une provocation policière. Bien que la seconde de ces situations se soit effectivement produite aux États-Unis, rien n'indique que la police dans notre pays se livre à ce genre d'activité et je doute que les affaires de provocation policière *e* dans notre pays soulèvent des allégations de ce type. Je le souligne parce que je pense que ces exemples extrêmes et improbables illustrent que, très fondamentalement, nous ne nous attendons pas à avoir affaire à la police à moins d'avoir fait quelque chose pour déclencher ses soupçons ou à moins que nous soyons proches ou impliqués dans une véritable enquête sur des activités criminelles. De plus, je pense que ce genre de situation doit *f* être envisagée, ne serait-ce que pour assurer la cohésion interne de la structure de la doctrine de la provocation policière.

The past criminal conduct of an individual is relevant only if it can be linked to other factors leading the police to a reasonable suspicion that the individual is engaged in a criminal activity. Furthermore, the mere fact that a person was involved in a criminal activity sometime in the past is not a sufficient ground for "reasonable suspicion". But when such suspicion exists, the police may provide that person with an opportunity to commit an offence. Obviously, there must be some rational connection and proportionality between the crime for which police have this reasonable suspicion and the crime for which the police provide the accused with the opportunity to commit. For example, if an individual is suspected of being involved in the drug trade, this fact alone will not justify the police providing the person with an opportunity to commit a totally unrelated offence. In addition, the sole fact that a person is suspected of being frequently in possession of marijuana does not alone justify the police providing him or her with the opportunity to commit a much more serious offence, such as importing narcotics, although other facts may justify their doing so.

There should also be a sufficient temporal connection. If the reasonable suspicions of the police arise by virtue of the individual's conduct, then this conduct must not be too remote in time. I would note, however, that the reasonable suspicions of the police could be based on many factors and that it is not necessary for one of these factors to be a prior conviction. If the police have obtained information leading to a reasonable suspicion that a person is engaged in criminal activity, it will be enough of a basis for them to provide that person with the opportunity to commit an offence—the presence of a prior criminal record is not a prerequisite to the formation of reasonable suspicion. I do not think the requirement that the police act on reasonable suspicion is unduly onerous; from a common sense viewpoint it is likely that the police would not waste valuable resources attempting to attract unknown individuals into the commission of offences. It can perhaps be safely assumed, therefore, that the police will act on such grounds.

La conduite criminelle passée d'un individu n'est pertinente que si elle peut être reliée à de nombreux autres facteurs amenant les policiers à avoir un soupçon raisonnable que l'individu était engagé dans une activité criminelle. En outre, le simple fait qu'une personne a été impliquée dans une activité criminelle dans le passé n'est pas un motif suffisant de «soupçon raisonnable». Mais quand ce soupçon existe, les policiers peuvent donner à cette personne l'occasion de commettre l'infraction. Il est évident qu'il doit y avoir un lien rationnel et une certaine proportionnalité entre le crime raisonnablement soupçonné par la police et le crime que l'inculpé, grâce à la police, a l'occasion de commettre. Par exemple, si un individu est soupçonné d'être mêlé au trafic de la drogue, ce seul fait ne justifiera pas la police de donner à cette personne l'occasion de commettre une infraction absolument sans aucun rapport avec ce trafic. En outre, le seul fait qu'on soupçonne qu'une personne soit fréquemment en possession de marijuana ne justifie pas à lui seul que les policiers lui fournissent l'occasion de commettre une infraction beaucoup plus grave, telle l'importation de stupéfiants, alors que d'autres faits pourraient les justifier de le faire.

Il doit y avoir aussi un lien temporel suffisant. Si les soupçons raisonnables de la police découlent de la conduite de l'individu, celle-ci ne doit pas être trop éloignée dans le temps. Notons cependant que les soupçons raisonnables de la police peuvent être fondés sur de nombreux facteurs et qu'il n'est pas nécessaire que l'un de ces facteurs soit une déclaration de culpabilité antérieure. Si la police a obtenu des informations indiquant l'existence d'un soupçon raisonnable qu'une personne pourrait s'adonner à une activité criminelle, c'est là une raison suffisante de fournir à cette personne l'occasion de commettre une infraction—l'existence d'un casier judiciaire antérieur n'est pas nécessaire pour qu'il y ait soupçon raisonnable. Je ne pense pas qu'exiger que la police n'agisse que sur le fondement d'un soupçon raisonnable soit indûment sévère; du point de vue du bon sens, il n'est guère vraisemblable que la police dilapide ses trop maigres ressources à tenter d'entraîner des inconnus à commettre des infractions. On peut sans risque présumer, par conséquent, que la police n'agira que dans ces cas.

To summarize then, the police must not, and it is entrapment to do so, offer people opportunities to commit crime unless they have a reasonable suspicion that such people are already engaged in criminal activity or, unless such an offer is made in the course of a *bona fide* investigation. In addition, the mere existence of a prior record is not usually sufficient to ground a "reasonable suspicion". These situations will be rare, in my opinion. If the accused is not alleging this form of entrapment the central question in a particular case will be: have the police gone further than providing an opportunity and instead employed tactics designed to induce someone into the commission of an offence?

There is, therefore, entrapment when: (a) the authorities provide an opportunity to persons to commit an offence without reasonable suspicion or acting *mala fides*, as explained earlier or, (b) having a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence. As I have already mentioned, the first form of entrapment is not likely to occur. The police of this country are generally resorting to the type of investigatory technique of providing opportunities only in relation to targeted people or locations clearly, and therefore reasonably, suspected of being involved in or associated with criminal activity, or again are already engaged in a *bona fide* investigation justifying the provision of such opportunities.

As regards the latter form of entrapment, to determine whether police conduct gives rise to this concern, it is useful to consider whether the conduct of the police would have induced the average person in the position of the accused, i.e., a person with both strengths and weaknesses, into committing the crime. I believe such a test is useful not only as an analytical mechanism that is consistent with objective analysis, but also because it corresponds to one of the reasons why the defence is thought desirable. In other words, it may be inevitable that, when apprised of the factual context of an entrapment case, members of the community

Pour résumer donc, la police ne doit pas donner aux gens des occasions de commettre une infraction, ce qui constitue de la provocation policière, à moins qu'elle ait de bonnes raisons de soupçonner a qu'ils s'adonnent déjà à des activités criminelles ou à moins que l'offre ait lieu au cours d'une véritable enquête. En outre, la simple existence d'un casier judiciaire antérieur n'est pas normalement suffisante pour appuyer un «soupçon raisonnable». Ces b cas seront rares à mon avis. Si l'inculpé n'allègue pas cette forme de provocation policière, la question centrale, dans un cas particulier, sera: les policiers se sont-ils contentés de fournir une occasion de commettre une infraction, en employant des techniques conçues pour inciter à la commettre, ou sont-ils allés plus loin?

Il y a, par conséquent, provocation policière d lorsque: a) les autorités fournissent l'occasion de commettre une infraction en l'absence de soupçon raisonnable ou agissent de mauvaise foi, comme on vient de l'expliquer ou b) ayant des soupçons raisonnables ou au cours d'une véritable enquête, e elles ne se contentent pas de fournir une occasion de commettre une infraction mais incitent à la commettre. Comme je l'ai déjà dit, la première forme de provocation policière ne se présentera guère. Les policiers, dans notre pays, n'ont en f général recours à ce genre de techniques d'enquête que lorsqu'ils visent clairement des personnes ou g des lieux et donc raisonnablement suspectés d'être mêlés ou associés à une activité criminelle ou encore lorsqu'ils sont déjà en train de faire une véritable enquête justifiant qu'ils offrent ces occasions.

En ce qui concerne la seconde forme de provocation policière, pour décider si la conduite de la police la met en cause, il est utile de se demander si cette conduite aurait amené l'individu moyen, dans la position de l'inculpé, soit une personne avec des points forts et des faiblesses, à commettre le crime. Je crois que c'est là un critère utile, non seulement en tant que mécanisme analytique compatible avec l'analyse objective, mais aussi parce qu'il correspond à l'une des raisons pour lesquelles le moyen de défense est jugé désirable. En d'autres termes, il peut être inévitable que, informé du cadre factuel d'une affaire de provocation poli-

will put themselves in the position of the accused; if a common response would be that anyone could have been induced by such conduct, this is a valuable sign that the police have exceeded the bounds of propriety. The reasoning does not go so far as to imply that the accused is therefore less blameworthy; rather, it suggests that the state is involved in the manufacture as opposed to the detection of crime.

An objective approach which uses the hypothetical person test only is subject to some criticism. For example, Professor Park argues (*supra*, at pp. 270-71):

The defense creates a risk that dangerous chronic offenders will be acquitted because they were offered inducements that might have tempted a hypothetical law-abiding person. More subtly, it creates a danger that persons will be convicted who do not deserve punishment. This danger stems from its attempts to evaluate the quality of government conduct without considering the defendant's culpability. The notion that sauce for the wolf is sauce for the lamb leads to unhappy consequences, since the sauce will be brewed with wolves in mind. Because many targets are professional criminals, judges will be reluctant to rule that entrapment has occurred simply because an agent found it necessary to appeal to friendship, make multiple requests, or offer a substantial profit. Yet approval of such conduct would lead to unfair results in cases where the target was law-abiding but ductile. For example, conviction of someone who has been solicited by a friend may be fair enough in the general run of cases, but unfair if the target was a nondisposed person who would not have committed the type of crime charged but for a request from that particular friend.

The response to this is two-fold. Firstly, I agree that there is a danger of convicting "lambs" or people who have a particular vulnerability such as a mental handicap or who are suffering from an addiction. In those situations, it is desirable for the purposes of analysis to consider whether the conduct was likely to induce criminal conduct in those people who share the characteristic which appears to have been exploited by the police. I am not, however, in agreement with the assertion that it is fair for the police in the general run of cases to

cière, chacun se place dans la position de l'inculpé; si la réponse unanime est que n'importe qui aurait pu être incité à se comporter de la sorte, c'est là un signe valable que la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Le raisonnement ne va pas jusqu'à laisser entendre que l'inculpé est par conséquent moins digne de blâme; plutôt, il laisse voir que l'État s'adonne à la fabrication, par opposition à la détection, de crimes.

b

La démarche objective qui n'a recours qu'au critère de la personne hypothétique a fait l'objet de certaines critiques. Par exemple, le professeur Park soutient (précité, aux pp. 270 et 271):

c

[TRADUCTION] La défense comporte le risque que des délinquants chroniques dangereux soient acquittés, parce qu'ils ont été exposés à des incitations qui auraient pu tenter une personne hypothétique respectueuse de la loi.

d

Plus subtilement, elle comporte le danger que certains soient reconnus coupables alors qu'ils ne méritent aucune sanction. Ce danger découle de cette tentative d'évaluer le conduite du gouvernement sans tenir compte de la culpabilité du défendeur. La notion que le loup et l'agneau doivent être logés à la même enseigne, a des conséquences malheureuses, puisque le logement sera conçu en fonction du loup. Comme de nombreuses cibles sont des criminels professionnels, les juges hésiteront à conclure qu'il y a eu provocation policière simplement parce qu'un agent a jugé nécessaire de faire appel à l'amitié, de faire de multiples demandes, ou d'offrir un profit substantiel.

e

Et pourtant, l'approbation d'une telle conduite donnerait des résultats injustes dans les cas où la cible est respectueuse des lois mais influençable. Par exemple, reconnaître coupable celui qui a été sollicité

f

par un ami peut être de bonne guerre quand il s'agit des affaires dont la justice est ordinairement saisie, mais inique si la cible est une personne sans prédisposition, qui n'aurait pas commis le genre de crime dont elle est inculpée, n'eût été la requête de cet ami particulier.

g

La réponse à cela est double. En premier lieu, je reconnaiss qu'il y a danger de condamner des «agneaux» ou des gens affectés d'une vulnérabilité particulière, tel un handicap mental, ou qui souffrent d'une quelque accoutumance. Dans ces cas, il est souhaitable, pour les fins de l'analyse, de se demander si la conduite était susceptible d'induire une conduite criminelle chez ceux qui sont affectés des mêmes caractéristiques exploitées, semble-t-il, par la police. Je ne saurais néanmoins souscrire à la thèse qu'il est de bonne guerre pour

i

abuse a close relationship between friends or family members as compared to that between acquaintances, contacts or associates, for the purpose of inducing someone into the commission of an offence, and thus I do not consider this a valid criticism of the hypothetical person test. The nature of the relationship at issue is relevant and in certain cases it may be that the police have exploited confidence and trust between people in such a manner as to offend the value society places on maintaining the dignity and privacy of interpersonal relationships.

la police, dans les affaires habituelles dont la justice est saisie, d'abuser des rapports étroits entre amis ou membres d'une même famille, à distinguer des connaissances, des contacts ou des associés, en vue d'inciter à commettre une infraction et, par conséquent, je ne considère pas cela comme une critique valide du critère de la personne hypothétique. La nature des rapports en cause est pertinente et, dans certains cas, il se peut que la police ait abusé de la confiance régnant entre certaines personnes à un point qui porte atteinte à la valeur que la société attache au maintien de la dignité et de l'intimité des relations interpersonnelles.

En second lieu, l'éventuel acquittement des «loups» ne me trouble guère. C'est présumer qu'il soit impossible de dire qu'une personne, ayant des propensions à commettre l'infraction en cause, ne l'aurait pas commise, n'eût été un recours à des incitations susceptibles d'amener une personne sans prédisposition à commettre l'infraction. Plus fondamentalement, cette perspective fait partie d'un point de vue plus global voulant que, dans certains cas, il est préférable pour la société d'emprisonner l'auteur d'un crime, même en bafouant les droits fondamentaux et les garanties de procédure dont profite normalement l'inculpé. C'est le refrain bien connu, que la fin justifie les moyens. Cette conception est cependant totalement incompatible avec le modèle d'équité existant tant au sein de la doctrine du droit criminel positif que parallèlement à celle-ci. Le même commentaire, «d'acquittement des loups», ne pourrait-il pas être fait dans le cas où le droit de l'inculpé à un avocat ou celui au silence ont été violés de manière flagrante et que la preuve de sa confession du crime est écartée? À court terme, il se peut que ce soit «mieux» pour la société de condamner de telles personnes, mais il a toujours été jugé qu'à long terme cela saperait le système lui-même. Si la primauté du droit doit avoir un sens et être une garantie de sécurité, ce que tous dans la société souhaitent, il faut, c'est axiomatique, l'étendre à chaque individu.

Secondly, I do not find the danger of acquitting wolves particularly troublesome. It assumes that it cannot be said the chance exists that a predisposed person would not have committed the particular offence were it not for the use of inducements that would have caused a nonpredisposed person to commit the offence. More fundamentally, this perspective is part of a larger viewpoint that in certain cases it would be better for society to send someone to jail for committing a crime, even if fundamental rights and procedural guarantees normally provided to an accused have been disregarded. The familiar refrain is that the end justifies the means. This view is, however, entirely inconsistent with the model of fairness which exists both within and alongside substantive criminal law doctrine. Could not the same comment of "acquitting wolves" be made where an accused's right to counsel or to remain silent have been flagrantly violated, and the evidence of his or her confession to the crime is excluded? In the short term, it may well be "better" for society to convict such persons, but it has always been held that in the long term it would undermine the system itself. If the rule of law is to have any meaning and provide the security which all in society desire, it is axiomatic that it be extended to every individual.

I am not of the view that the hypothetical or average person model is the only relevant method of analysis. There may be situations where it

Je ne suis pas d'avis que le modèle de la personne hypothétique moyenne est la seule méthode d'analyse pertinente. Il peut y avoir des cas où l'on

cannot be concluded that a hypothetical person would likely have committed the offence under the same circumstances, and yet the presence of other factors support the conclusion that the police involvement in the instigation of crime has exceeded the bounds of propriety. When a court is of this view, the mere fact that the hypothetical-person model of analysis is not appropriate does not mean the conduct does not amount to an abuse of process. Each situation will have to be considered on its own merits, and with a view to determining whether the police have gone beyond merely providing the opportunity for the commission of a crime and have entered into the realm of the manufacture of criminal conduct. I would, at this point, re-emphasize Estey J.'s observation that it is not possible to state at the outset which elements will be decisive in an entrapment scenario. Nonetheless, it is possible to outline what factors will be relevant and I will attempt to suggest some of them.

I remain in agreement with Estey J.'s statement that "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" (p. 446), but there is no magic number of requests made on behalf of the police to the accused that will trigger the defence. I would also agree that the scheme must have been for the purpose Estey J. indicated and that the state's responsibility extends to those people who operate on its behalf in an entrapment situation. It is also necessary for the offence to be "instigated, originated or brought about by the police", but this is clearly a minimum standard since in cases where the police merely provide a person with the opportunity to commit an offence, it could be said that the same requirement will be met. Similarly it can be said that in any offence instigated by the police, the offence would not have been committed without their involvement. Taken alone, these requirements are insufficient to determine when police conduct goes beyond what is generally thought to be acceptable in protecting society from crime.

ne peut conclure qu'une personne hypothétique aurait vraisemblablement commis l'infraction dans les mêmes circonstances et où, pourtant, la présence d'autres facteurs amène à conclure que le rôle joué par la police dans l'instigation du crime a dépassé les bornes de l'acceptable. Lorsqu'un tribunal est de cet avis, le simple fait que le modèle d'analyse de la personne hypothétique est inapproprié ne signifie pas que la conduite n'est pas assimilable à un abus de procédure. Chaque cas doit être examiné selon ses propres mérites et en vue de déterminer si les policiers, ne se contentant pas de fournir l'occasion de commettre un crime, se sont lancés dans le domaine de la fabrication d'un comportement criminel. J'insisterais à nouveau à ce stade sur l'observation du juge Estey, qu'il n'est pas possible de dire au départ quels éléments d'un scénario de provocation policière seront décisifs. Néanmoins, il est possible de dire quels facteurs seront pertinents; aussi vais-je tenter d'en énumérer quelques-uns.

Je continue de souscrire à ce qu'a dit le juge Estey, que «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» (à la p. 446), mais il n'existe pas un nombre sacramental de requêtes policières, adressées à l'inculpé, qui fasse jouer automatiquement la défense. Je suis prêt aussi à reconnaître que le plan doit avoir été établi pour les fins que le juge Estey indique et que la responsabilité de l'Etat s'étend à ceux qui agissent en son nom dans une situation de provocation. Il faut aussi que l'infraction ait été «provoquée, amorcée ou occasionnée par la police»; c'est là manifestement une norme minimale puisque, dans les cas où la police ne fait que fournir la possibilité de commettre une infraction, on peut dire que la même exigence sera respectée. De même, on peut dire qu'une infraction occasionnée par les policiers n'aurait pas été commise sans leur intervention. Prises isolément, ces exigences sont insuffisantes pour permettre de dire quand la conduite de la police dépasse ce que l'on estime généralement acceptable pour protéger la société contre le crime.

In certain cases the police conduct will be offensive because it exploits human characteristics that as a society we feel should be respected. As I noted earlier, if the law enforcement officer or agent appeals to a person's instincts of compassion, sympathy and friendship and uses these qualities of a person to effect the commission of a crime, we may say this is not permissible conduct because it violates individual privacy and the dignity of interpersonal relationships, and condemns behaviour that we want to encourage. (Such appeals may generally indicate that more than a mere opportunity is being provided, although it must be recalled that the police or agents will in the detection of certain crimes have to infiltrate criminal organizations, and thus gain the confidence of the people involved.) Along the same lines, if the police appear to exploit a particular vulnerability of an individual, such as by encouraging one who suffers from a mental handicap to commit a crime, this too may strike us as patently offensive because such a person is in need of protection, and not abuse. Similarly, the inducement of those attempting to recover from drug or alcohol addiction into committing offences relating to those substances may not be proper since the result will be to retard, as opposed to advance, the interest of society in reducing the personal and social costs of drug and alcohol abuse.

In some cases we may find that the degree of police involvement is disproportionate to the crime committed by the accused in so far as it causes more harm than it seeks to catch. In addition, we may be offended by disproportionality in the role played by the police in the criminal activity, as compared with the role played by the person being targeted. In assessing this, the timing of the police involvement, and whether the criminal activity is ongoing, should be considered. Whether the police or their agents themselves commit crimes in the course of efforts to induce another is relevant, but I am not willing to lay down an absolute rule prohibiting the involvement of the state in illegal conduct.

Dans certains cas, la conduite de la police sera offensante parce qu'elle exploite des caractéristiques humaines qu'en tant que société nous voulons voir respectées. Comme je l'ai noté précédemment, *a* si les agents responsables de faire respecter la loi, et ceux qu'ils emploient, font appel aux instincts de compassion, de sympathie et d'amitié d'un individu et se servent de ces qualités de l'individu pour faire commettre un crime, nous pouvons dire que ce *b* n'est pas là une conduite admissible, parce qu'elle viole l'intimité individuelle et la dignité des relations interpersonnelles, et que cela condamne un comportement que nous voulons encourager. (De tels appels peuvent souvent être l'indication que l'on ne se contente pas d'offrir une occasion, bien qu'il faille rappeler que la police ou ses agents devront, pour dépister certains crimes, infiltrer des organisations criminelles et, par conséquent, *d* gagner la confiance de ceux qui y sont impliqués). Dans la même ligne d'idées, s'il arrive que la police exploite une vulnérabilité particulière d'un individu, par exemple en encourageant celui qui souffre d'un handicap mental à commettre un crime, *e* cela aussi nous frappera comme étant manifestement offensant, parce que cette personne a besoin qu'on la protège, non qu'on en abuse. De même, inciter ceux qui tentent d'échapper à une accoutumance à la drogue ou à l'alcool à commettre des infractions liées à ces substances ne convient guère, puisque cela aura pour résultat de combattre, plutôt que de promouvoir, l'intérêt qu'a la société à réduire les coûts sociaux et personnels de *g* l'usage abusif des drogues et de l'alcool.

Dans certains cas, il se peut que nous constatons que l'importance de l'implication de la police est disproportionnée au crime commis par l'inculpé, dans la mesure où elle cause plus de dommage que ne vaut la capture. En outre, la disproportion du rôle joué par la police dans l'activité criminelle, comparée au rôle joué par la personne visée, pourra nous offusquer. Dans cette évaluation, il faut tenir compte du moment où la police intervient et de la contemporanéité de l'activité criminelle. Il est pertinent de savoir si la police ou ses agents eux-mêmes ont commis des crimes dans leur effort pour inciter un tiers à en commettre, mais je ne suis pas prêt à adopter une règle absolue qui interdise à l'État d'être mêlé à une conduite illégale.

Earlier I noted that one indication of impermissible action on the part of the state would be the existence of any threats, implied or express, made to the individual being targeted by inducement techniques. If the strategy used carries the risk of potential harm to third parties, this too should be considered and, absent exceptional circumstances, condemned. A further consideration, if the facts so warrant, would be the extent to which the conduct of the police is directed at undermining other constitutional values, such as legitimate exercises of freedom of thought, belief, opinion and association.

The above description of activity is not intended to be exhaustive in terms of possible situations, or conclusive in the assessment of propriety. It is meant only to illustrate that in any number of situations, the reason why something is "improper" may vary. It cannot be stated that only one reason will be compelling or determinative. The issue of permissibility of police conduct must be considered in light of the totality of the circumstances. It is important to recall at all times the context in which entrapment usually occurs. An understanding of the reality of criminal activity is imperative to the development of a workable doctrine that accommodates the interests of all in society. In this respect, more leeway may be granted to police methods directed at uncovering criminal conduct that is simply not capable of being detected through traditional law enforcement techniques.

Summary

In conclusion, and to summarize, the proper approach to the doctrine of entrapment is that which was articulated by Estey J. in *Amato, supra*, and elaborated upon in these reasons. As mentioned and explained earlier there is entrapment when,

(a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry;

Auparavant, j'ai noté qu'une indication d'une action qu'on ne saurait permettre à l'État serait l'existence de menaces, tacites ou expresses, envers l'individu que visent les techniques d'incitation. Si

a la stratégie utilisée comporte le risque d'un dommage éventuel à des tiers, il faut aussi en tenir compte et, sauf circonstances exceptionnelles, la condamner. Un autre point qu'il faut considérer, si les faits le justifient, serait la mesure dans laquelle

b la conduite de la police cherche à miner d'autres valeurs constitutionnelles, tel l'exercice légitime des libertés de pensée, de conscience, d'opinion et d'association.

c La description des comportements qui précède ne se veut pas exhaustive, où toutes les situations possibles seraient envisagées, ni décisive, quant à l'évaluation de sa régularité. Elle a pour unique

d but d'illustrer que, dans tous les cas, quel qu'en soit le nombre, la raison pour laquelle il y a «irrégularités» peut varier. On ne peut dire qu'une seule raison sera concluante ou décisive. La question de l'acceptation de la conduite de la police

e doit être examinée en fonction de l'ensemble des circonstances. Il importe de rappeler en tout temps le contexte dans lequel la provocation policière se produit habituellement. Comprendre la réalité de l'activité criminelle est impératif pour l'élaboration

f d'une doctrine fonctionnelle qui serve les intérêts de tous dans la société. À cet égard, on peut accorder plus de latitude aux méthodes policières visant à mettre en lumière une conduite criminelle

g que les techniques traditionnelles utilisées pour faire respecter la loi ne permettent tout simplement pas de dépister.

Résumé

h En conclusion, et pour résumer, la bonne façon d'aborder la doctrine de la provocation policière est celle formulée par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, et précisée dans les présents motifs. Comme je l'ai mentionné et expliqué précédemment, il y a provocation policière quand:

i a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête;

(b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence.

It is neither useful nor wise to state in the abstract what elements are necessary to prove an entrapment allegation. It is, however, essential that the factors relied on by a court relate to the underlying reasons for the recognition of the doctrine in the first place.

Since I am of the view that the doctrine of entrapment is not dependant upon culpability, the focus should not be on the effect of the police conduct on the accused's state of mind. Instead, it is my opinion that as far as possible an objective assessment of the conduct of the police and their agents is required. The predisposition, or the past, present or suspected criminal activity of the accused, is relevant only as a part of the determination of whether the provision of an opportunity by the authorities to the accused to commit the offence was justifiable. Further, there must be sufficient connection between the past conduct of the accused and the provision of an opportunity, since otherwise the police suspicion will not be reasonable. While predisposition of the accused is, though not conclusive, of some relevance in assessing the initial approach by the police of a person with the offer of an opportunity to commit an offence, it is never relevant as regards whether they went beyond an offer, since that is to be assessed with regard to what the average non-predisposed person would have done.

The absence of a reasonable suspicion or a *bona fide* inquiry is significant in assessing the police conduct because of the risk that the police will attract people who would not otherwise have any involvement in a crime and because it is not a proper use of the police power to simply go out and test the virtue of people on a random basis. The presence of reasonable suspicion or the mere existence of a *bona fide* inquiry will, however, never justify entrapment techniques: the police may not go beyond providing an opportunity regardless of their perception of the accused's character and regardless of the existence of an honest inquiry. To

b) quoi qu'elles aient ce soupçon raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction.

^a Il n'est ni utile ni sage de dire dans l'abstrait quels éléments sont nécessaires pour prouver une allégation de provocation policière. Il est cependant essentiel que les facteurs sur lesquels s'appuie un tribunal soient reliés aux raisons sous-jacentes de la reconnaissance de la doctrine en premier lieu.

^d Comme je suis d'avis que la doctrine de la provocation policière ne dépend pas de la culpabilité, il ne faut pas axer l'analyse sur l'effet de la conduite de la police sur l'état d'esprit de l'inculpé. Plutôt, j'estime qu'autant que possible il faut effectuer une évaluation objective de la conduite de la police et de ses agents. La prédisposition, ou l'activité criminelle passée, présente ou soupçonnée de l'inculpé ne sont pertinentes qu'à titre d'éléments permettant de déterminer si l'occasion de commettre l'infraction fournie par les autorités à l'inculpé est justifiable. En outre, il doit y avoir un rapport suffisant entre la conduite passée de l'inculpé et l'occasion offerte puisque, autrement, le soupçon de la police ne serait pas raisonnable. Quoique, sans être concluante, la prédisposition de l'accusé ait une certaine pertinence relativement à l'évaluation de la façon dont la police a initialement abordé une personne en lui offrant une occasion de commettre une infraction, elle n'est jamais pertinente pour déterminer si elle est allée au-delà d'une offre, puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce que la personne ordinaire sans prédisposition aurait fait.

ⁱ L'absence de soupçon raisonnable ou de véritable enquête est significative pour évaluer la conduite de la police, en raison du danger que cette dernière n'entraîne des gens qui autrement n'auraient été impliqués dans aucun crime, et parce qu'on ne doit pas avoir recours à la force policière simplement pour éprouver au hasard la vertu des gens. Cependant, la présence d'un soupçon raisonnable ou la simple existence d'une véritable enquête ne justifiera jamais les techniques de provocation policière: les forces policières ne doivent jamais faire autre chose que d'offrir une occasion, indépendamment de leur perception de la moralité

determine whether the police have employed means which go further than providing an opportunity, it is useful to consider any or all of the following factors:

- the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission;
- whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the accused would be induced into the commission of a crime;
- the persistence and number of attempts made by the police before the accused agreed to committing the offence;
- the type of inducement used by the police including: deceit, fraud, trickery or reward;
- the timing of the police conduct, in particular whether the police have instigated the offence or became involved in ongoing criminal activity;
- whether the police conduct involves an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy and friendship;
- whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of a person such as a mental handicap or a substance addiction;
- the proportionality between the police involvement, as compared to the accused, including an assessment of the degree of harm caused or risked by the police, as compared to the accused, and the commission of any illegal acts by the police themselves;
- the existence of any threats, implied or express, made to the accused by the police or their agents;
- whether the police conduct is directed at undermining other constitutional values.

This list is not exhaustive, but I hope it contributes to the elaboration of a structure for the application of the entrapment doctrine. Thus far, I have not referred to the requirement in *Amato, supra, per Estey J.*, that the conduct must, in all the circumstances, be shocking or outrageous. I am of the view that this is a factor which is best considered under the procedural issues to which I will now turn.

de l'inculpé et de l'existence d'une enquête honnête. Pour décider si la police a employé des moyens qui semblent dépasser l'offre simple d'une occasion, il est utile de considérer les facteurs suivants, individuellement ou collectivement:

- le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration;
- ^b - si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime;
- ^c - la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction;
- ^d - le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus: la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense;
- ^e - le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours;
- ^f - si la démarche de la police présuppose l'exploitation d'émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié;
- ^g - si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière;
- ^h - la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes;
- ⁱ - l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents;
- ^j - si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles.

Cette énumération n'est pas exhaustive, mais j'espère qu'elle contribuera à l'élaboration d'un schéma d'application de la doctrine de la provocation policière. Jusqu'à maintenant, je n'ai pas fait mention de l'exigence, que l'on retrouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, que la conduite doit avoir été, dans tous les cas, révoltante voire scandaleuse. Je suis d'avis que c'est là un facteur qu'il vaut mieux examiner au chapitre des questions de procédure, vers lesquelles je me tourne maintenant.

Procedural Issues

The resolution of the issues surrounding the manner in which an entrapment claim should be considered at trial is, in my view, entirely dependent upon the conceptual basis for the defence, outlined earlier. If I were of the opinion that there was a substantive or culpability-based defence of entrapment, I would readily come to the conclusion that the defence raised a question of fact, which should be decided by a jury when there is a sufficient evidentiary basis on which to raise the defence, and I would hold that the onus would rest on the Crown to disprove the existence of entrapment beyond a reasonable doubt. Having come to the opposite viewpoint on the rationale for recognizing the doctrine of entrapment, I am not persuaded that the adoption of rules which historically, and by virtue of the *Charter*, conform to most substantive defences is either necessary or correct. It seems to me, however, that this Court must be clear on how an entrapment claim is to be handled, as a brief review of some lower court decisions suggests that there is, at present, and understandably so, a great deal of confusion on the matter.

A: Who Decides: Judge or Jury?

Both the appellant and respondent agree that objective entrapment, involving police misconduct and not the accused's state of mind, is a question to be decided by the trial judge, and that the proper remedy is a stay of proceedings. I too am of this view. The question of unlawful involvement by the state in the instigation of criminal conduct is one of law, or mixed law and fact. In *Jewitt, supra*, in a passage cited previously, Dickson C.J. expressed this opinion (at p. 145): "Staying proceedings on the basis of abuse of process, and in particular, on the basis of the defence of entrapment, in my view, amounts to a decision on a complex question of law and fact". Along the same lines is the observation of Estey J. in *Amato, supra*, at p. 448:

Les questions de procédure

La solution des questions entourant la manière dont une prétention de provocation policière doit être examinée au procès dépend entièrement, à mon avis, du fondement conceptuel de la défense, énoncé précédemment. Si je devais être d'opinion que la provocation policière est un moyen de défense au fond ou, en d'autres mots, touchant à la culpabilité de l'accusé, j'en conclurais aussitôt que la défense soulève une question de fait que doit apprécier le jury quand il y a un fondement probatoire suffisant pour faire valoir la défense, et je dirais que c'est au ministère public que revient la charge de réfuter l'assertion de provocation policière hors de tout doute raisonnable. Étant arrivé au point de vue opposé sur la raison de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière, je ne suis pas convaincu que l'adoption de règles qui, historiquement et en vertu de la *Charte*, sont conformes à la plupart des moyens de défense au fond, soit nécessaire ni fondée. Il me semble cependant que cette Cour doit être claire sur la façon de traiter une allégation de provocation policière, puisqu'un bref examen de certaines décisions d'instances inférieures porte à croire qu'il y a présentement, et c'est compréhensible, beaucoup de confusion à ce sujet.

A: Qui décide: le juge ou le jury?

Tant l'appelant que l'intimée conviennent que la provocation policière objective, mettant en cause une conduite irrégulière de la police et non l'état d'esprit de l'inculpé, est une question qui relève du juge du procès et que le recours approprié est la suspension d'instance. Je suis aussi de cet avis. La question de l'implication illicite de l'État dans l'instigation d'une conduite criminelle est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, dans un passage mentionné précédemment, le juge en chef Dickson exprime cette opinion (à la p. 145): «La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait». Dans le même ordre d'idées, il y a l'observation du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 448:

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.

Estey J.'s statement is also supportive of the view that a judge should decide the issue. Some courts have, however, concluded that the defence of entrapment raises a question of fact to be decided by a jury. In *R. v. Baxter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 555, [1983] C.A. 412 [hereinafter cited to C.C.C.], a majority of the Quebec Court of Appeal were of the view that the defence of entrapment was a matter for the jury. In separate opinions both Nolan and Beauregard J.J.A. relied on the following comment of Laskin C.J. in *Kirzner, supra*, at p. 498:

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

It must be recalled, however, that Laskin C.J. concurred in Estey J.'s opinion in *Amato, supra*. In this passage he seems to be discussing what would be the role of a jury if entrapment were a substantive defence. Beauregard J.A. in *Baxter, supra*, also noted that Wong Co. Ct. J. in *Jewitt, supra*, had held that the issue of entrapment should go to the jury, and Beauregard J.A. expressly disagreed with Anderson J.A. who, on the appeal in *Jewitt* before the British Columbia Court of Appeal, was of the opinion that the defence of entrapment should be dealt with by the trial judge (*Baxter, supra*, at p. 561).

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.

^a L'affirmation du juge Estey appuie aussi l'opinion que c'est à un juge de décider de la question. Certains tribunaux ont cependant conclu que la défense de provocation policière soulève une question de fait, à être appréciée par le jury. Dans l'arrêt *R. v. Baxter*, [1983] C.A. 412, 9 C.C.C. (3d) 555 [ci-après cité à C.A.], la Cour d'appel du Québec à la majorité a été d'avis que la défense de provocation policière était une question à soumettre au jury. Dans des opinions distinctes, tant les juges Nolan que Beauregard se sont appuyés sur le commentaire suivant du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 498:

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

^g Il faut se rappeler toutefois que le juge en chef Laskin a souscrit à l'avis du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Dans ce passage, il semble débattre du rôle éventuel du jury si la provocation policière était une défense au fond. Le juge Beauregard, dans l'affaire *Baxter*, précitée, note aussi que le juge Wong de la Cour de comté, dans l'affaire *Jewitt*, précitée, a conclu que la question de la provocation policière doit être appréciée par le jury; aussi le juge Beauregard se dit-il expressément en désaccord avec le juge Anderson qui, dans l'affaire *Jewitt*, alors en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a été d'avis que c'est le juge du procès qui doit traiter de la défense de provocation policière (*Baxter*, précité, à la p. 414).

In a dissenting opinion, Vallerand J.A. declined to rule conclusively on the appropriateness of a jury deciding the issue as he held that on the facts the issue should not be considered by the jury. He clearly had some reservations about such a jury process, however, given the conceptual basis for recognition of the defence as outlined by Estey J. in *Amato, supra*, (*Baxter, supra*, at pp. 563-64). Later in his reasons he made the following comment at p. 571:

... is necessary that clear limits be established with respect to initiatives taken by the police forces without which they would find themselves in a state of anarchy or paralysis. Naturally, it is in the law as interpreted and applied by the courts that the police officers will seek their directions. That being so, it would be poorly conceived if it were left to the will—and this is said with all respect for the institution and proper purposes that it serves so well—the changing and undeterminable will of the jury, the care of setting the limits on the work of investigation and detection by the police.

Baxter, supra, was followed in *R. v. Gingras* (1987), 61 C.R. (3d) 361, by Boillard J. of the Quebec Superior Court, albeit with some variations. In *Gingras, supra*, it was held that the entrapment issue is one of fact to be decided by a jury. If the jury returns a verdict of guilty it can then consider whether the accused has demonstrated on balance of probabilities whether there was entrapment. If the jury comes to this conclusion and returns a verdict of guilty with entrapment, the accused then must satisfy a judge, again on a balance of probabilities, that the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. In the particular case the jury returned a verdict of guilty with entrapment, but the judge decided the entrapment was not so "shocking" in the eyes of a reasonable person to preclude the entry of a conviction.

An opposite procedure was advocated by Rice J.A. in his concurring opinion in *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297 (C.A.). He was of the opinion that regardless of whether the issue of entrapment arises because of abuse of process,

Dans une opinion dissidente, le juge Vallerand refuse de juger définitivement s'il convient de laisser le jury décider de la question, parce qu'il conclut que, d'après les faits en cause, le jury ne devrait pas être saisi de la question. Manifestement toutefois, il a des réserves quand il s'agit de procéder ainsi par jury, étant donné le fondement conceptuel de la reconnaissance de la défense donné par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité (*Baxter*, précité, à la p. 417). Plus loin dans ses motifs, il fait le commentaire suivant (à la p. 420):

Il faut des bornes claires aux initiatives des services de police sans lesquelles ils se retrouveront dans un régime d'anarchie ou alors de paralysie. C'est, bien sûr, dans la loi telle qu'interprétée et appliquée par les Tribunaux que les policiers viendront chercher leurs directives. Cela étant, on conçoit mal qu'on veuille laisser au gré—soit dit avec tous égards pour l'institution et ses fins propres qu'elle sert bien—inconstant et insondable des jurys le soin de poser les bornes du travail d'enquête et de dépistage de la police.

L'arrêt *Baxter*, précité, a été suivi dans l'affaire *R. v. Gingras* (1987), 61 C.R. (3d) 361, par le juge Boillard de la Cour supérieure du Québec, avec quelques variantes il est vrai. Dans l'affaire *Gingras*, précitée, on a jugé que la question de la provocation policière était une question de fait, à laisser à l'appréciation du jury. Si le jury rend un verdict de culpabilité, il peut alors apprécier si l'inculpé a démontré, par prépondérance des probabilités, qu'il y a eu provocation policière. Si le jury arrive à cette conclusion et rend un verdict de culpabilité avec provocation policière, l'inculpé doit alors convaincre le juge, à nouveau par prépondérance des probabilités, que le ministère public, vu l'abus de procédure, n'a pas droit à une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le jury a rendu un verdict de culpabilité avec provocation policière, mais le juge a décidé que la provocation n'était pas, aux yeux d'une personne raisonnable, «révoltante» au point d'interdire de prononcer une déclaration de culpabilité.

Le juge Rice favorise une procédure inverse dans son opinion concordante dans l'arrêt *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.). Il est d'avis qu'indépendamment de savoir si la question de la provocation policière se pose à cause de

exclusion of evidence under s. 24(2) following a violation of a *Charter* right, or under the doctrine of criminal intention, the [TRANSLATION] "basic and deciding issue . . . is the accused's state of mind" (at p. 322). In his view, the trial judge must first decide whether a stay should issue because of an abuse of process or whether evidence should be excluded under s. 24(2) and if he or she concludes that neither of these claims is made out, the jury must then decide if, on the facts, the accused had the necessary *mens rea* to commit the offence. The separate opinion of Angers J.A. in this case also supports a jury determination in situations where the police conduct, although not giving rise to exclusion of evidence or a stay of proceedings, has the effect of negating the *mens rea* because the "influence" of the police conduct on the accused makes the [TRANSLATION] "act with which the accused is charged . . . one of submission, devoid of any criminal intent" (at p. 321).

Supporting the view that a judge should decide is the decision of the Court of Appeal in the present case, referred to earlier. Further, Tallis J.A. (Cameron J.A. concurring) in *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97 (Sask. C.A.), at p. 122, appears to have approved the decision of the British Columbia Court of Appeal in the present case and in *R. v. Showman*, (unreported). In *Jewitt, supra*, at the level of the Court of Appeal, Anderson J.A. gave four reasons for his conclusion that the issue of entrapment is one to be decided by a trial judge (*supra*, at pp. 219-20). I am in complete agreement with the first and the fourth of these reasons. Anderson J.A. began by observing, at p. 219:

... the courts have always been the masters of their own process and it is for the courts alone to determine whether there has been an abuse of process. All issues relating to abuse of process require a factual determination but it does not follow that such a determination should be made by a jury.

And he concluded at p. 220:

... as a matter of policy, the issue of entrapment should be left to the courts so that standards and guidelines

l'abus de procédure, de l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) par suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte* ou en vertu de la doctrine de l'intention criminelle, la «question fondamentale et déterminante [...] est l'état d'esprit qui animait l'accusé» (à la p. 322). À son avis, le juge du procès doit d'abord décider si une suspension devrait être prononcée pour cause d'abus de procédure ou si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2), et s'il conclut qu'aucune de ces prétentions n'est démontrée, le jury doit alors décider si, d'après les faits en cause, l'inculpé avait la *mens rea* nécessaire pour commettre une infraction. L'opinion distincte du juge Angers dans cette affaire est aussi favorable à une appréciation par le jury des situations où la conduite de la police, bien qu'il ne donne pas lieu à une exclusion de preuve ou à une suspension d'instance, a pour effet de nier l'existence de la *mens rea*, parce que «l'influence» qu'il a exercée sur l'inculpé rend «l'acte que l'on reproche à l'accusé [...] un [acte] de soumission, dépourvu d'intention criminelle» (à la p. 321).

À l'appui de l'opinion que c'est un juge qui devrait décider, il y a larrêt de la Cour d'appel en l'espèce, mentionné précédemment. De plus, le juge Tallis (à l'avis duquel souscrit le juge Cameron), dans l'arrêt *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Sask.), à la p. 122, paraît avoir approuvé les décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans l'arrêt *R. v. Showman*, (inédit). Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, en Cour d'appel, le juge Anderson avance quatre motifs pour soutenir sa conclusion que la question de la provocation policière doit être tranchée par le juge du procès (précité, aux pp. 219 et 220). Je suis en accord complet avec le premier et le quatrième de ces motifs. Le juge Anderson commence par faire observer, à la p. 219:

[TRADUCTION] ... les tribunaux ont toujours été maîtres de leur propre procédure et c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de décider s'il y a abus de procédure. Toutes les questions relatives à l'abus de procédure exigent une décision sur les faits, mais il ne s'ensuit pas que cela doive être fait par le jury.

Et il conclut, à la p. 220:

[TRADUCTION] ... s'agissant de la politique à adopter, la question de la provocation policière devrait être lais-

may be established by case law. Such a development will be impossible if issues of entrapment are left to juries.

Anderson J.A. made reference to potential prejudice arising should the issue go to the jury, for the jury may find the accused guilty because of the accused's criminal record or bad reputation (citing Frankfurter J. in *Sherman, supra*, at p. 382). I am not concerned by this for two reasons: firstly, as I noted earlier, in most cases the accused will have committed the offence and his or her guilt is not in issue; secondly, in my view the past criminal conduct of the accused is not relevant to the analysis, except where it relates to the reasonable suspicions of the police. The last point made by Anderson J.A. was that an accused could ask for evidence to be excluded by a trial judge under s. 24(2) of the *Charter* because of entrapment, and be denied that request and yet, in the same case, a jury may find that the police conduct brought the administration of justice into disrepute. He felt that such a result should be avoided. I prefer to express no opinion in this case on the propriety of a s. 24(2) application to exclude evidence because of entrapment. I am, however, of the view that the reasons which support a judicial determination of applications under s. 24(2) for the exclusion of evidence are equally relevant to the present discussion.

This Court has held that the determination of whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would bring the administration of justice into disrepute is one which should be made by a trial judge (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J., at p. 653). In articulating how a trial judge should engage him or herself in that analysis, I stated in *Collins, supra*, that a judge should consider the question from the perspective of a reasonable person, "dispassionate and fully apprised of all the circumstances", and I commented that "The reasonable person is usually the average person in

sé aux tribunaux, de sorte que des normes et des directives puissent être établies par la jurisprudence. Un tel développement sera impossible si les questions entourant la provocation policière sont laissées à l'appréciation du jury.

Le juge Anderson mentionne le préjudice potentiel qui peut découler de l'appréciation de la question par le jury, car le jury peut juger l'inculpé coupable à cause de son casier judiciaire ou de sa mauvaise réputation (il cite le juge Frankfurter, dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 382). Cela ne m'inquiète guère pour deux raisons: premièrement, comme je l'ai noté précédemment, dans la plupart des cas, l'inculpé aura commis l'infraction et sa culpabilité ne sera plus en cause; en second lieu, à mon avis, le passé criminel de l'inculpé n'a aucune pertinence pour l'analyse, excepté en rapport avec les soupçons raisonnables de la police. Le dernier point que fait valoir le juge Anderson est qu'un inculpé peut demander au juge du procès d'écartier des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour cause de provocation policière, voir sa requête rejetée et néanmoins, dans la même affaire, un jury peut constater que la conduite de la police déconsidère l'administration de la justice. Il pense qu'il faut éviter une telle situation. Je préfère n'exprimer aucune opinion en l'espèce sur le bien-fondé d'une demande fondée sur le par. 24(2) visant l'exclusion d'éléments de preuve pour cause de provocation policière. Je suis cependant d'avis que les raisons qui militent en faveur d'une décision judiciaire dans le cas des demandes fondées sur le par. 24(2) visant l'exclusion de la preuve sont également pertinentes dans le présent débat.

Cette Cour a jugé qu'il appartient au juge du procès de statuer sur l'éventualité que l'admission de preuves réunies en violation d'un droit garanti par la *Charte* déconsidère l'administration de la justice (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, à la p. 653). En formulant comment le juge du procès doit procéder à cette analyse, j'ai dit, dans l'arrêt *Collins*, précité, qu'un juge doit considérer la question dans la perspective d'une personne raisonnable, «objectif[e] et bien informé[e] de toutes les circonstances» et j'ai ajouté en commentaire que «La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la

the community but only when that community's current mood is reasonable" (*supra*, at p. 282). The issue there, as here, is maintaining respect for the values which, over the long term, hold the community together. One of those very fundamental values is the preservation of the purity of the administration of justice. In my opinion a judge is particularly well suited to make this determination and this finding should be guided by the above quoted comments from *Collins, supra*. Further, as noted by Anderson J.A. in *Jewitt, supra*, and commented on by Vallerand J.A. in *Baxter, supra*, if one of the advantages of allowing claims of entrapment is the development of standards of conduct on the part of the state, it is essential that decisions on entrapment, and those allowing the claim especially, be carefully explained so as to provide future guidance; this is not something the jury process lends itself to. Accordingly, I am of the firm opinion that the issue of entrapment should be resolved by the trial judge for policy reasons.

Finally, I am of the view that before a judge considers whether a stay of proceedings lies because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown had discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had committed all the essential elements of the offence. If this is not clear and there is a jury, the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. It is not necessary nor advisable in this case to expand on the details of procedure. Because the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided, the right of an accused to the benefit

société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable» (précité, à la p. 282). La question qui se posait alors, comme elle se pose ici, c'est celle de préserver le respect des valeurs qui, à long terme, assurent la cohésion de la société. L'une de ces valeurs les plus fondamentales est la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice. À mon avis, c'est le juge qui est particulièrement en mesure de prendre cette décision et celle-ci doit être guidée par les commentaires précédemment cités, tirés de l'arrêt *Collins*, précité. En outre, comme le note le juge Anderson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, note commentée par le juge Vallerand dans l'arrêt *Baxter*, précité, si la reconnaissance de la provocation policière a parmi d'autres avantages celui de l'élaboration de normes de comportement pour l'État, il est essentiel que les décisions en matière de provocation policière, particulièrement celles qui accueillent le moyen de défense, soient soigneusement expliquées, afin de servir de guide à l'avenir; le recours au jury ne se prête guère à cela. Par conséquent, j'ai la ferme opinion que la question de la provocation policière doit être résolue par le juge du procès, parce que c'est là une bonne politique.

Enfin, je suis d'avis qu'avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès

of a jury trial in s. 11(f) of the *Charter* is in no way infringed.

B: Who Bears the Burden of Proof and on What Standard?

In *Baxter, supra*, Beauregard J.A., although holding that the issue of entrapment should be resolved by the jury, was not willing to conclude that the onus lay on the Crown to disprove entrapment beyond a reasonable doubt. He stated in this respect, at p. 561:

... as Mr. Justice Estey pointed out in *Amato*, entrapment does not really constitute a defence in the classical sense of the word. When it considers whether there has been entrapment or not, the jury does not determine whether the accused is guilty or innocent but it scrutinizes the conduct of the police to determine whether the police abused their power and therefore whether the Crown thereby commits an abuse of process. I would accept with difficulty the proposition that the Crown can be prevented from prosecuting a case where the abuse attributed to it was not established on the balance of probabilities.

In *Gingras, supra*, wherein a two-stage process involving the jury and then a judge was adopted, at both stages the onus was on the accused to prove entrapment or abuse of process on a balance of probabilities. In a very recent decision allowing a Crown appeal from an acquittal, the Court of Appeal for the Northwest Territories came to the conclusion, which had been accepted by both counsel, that the trial judge had applied the wrong test in holding that the onus lay on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that entrapment had not occurred (*R. v. Ashoona*, unreported, January 19, 1988, reversing (1987), 38 C.C.C. (3d) 163 (N.W.T.S.C.)) Laycraft C.J., on behalf of himself, Stratton and Côté J.J.A., in delivering judgment from the bench and ordering a new trial stated: "It was not for the Crown to show beyond a reasonable doubt that there was not entrapment. Rather, it was for the accused to show on a balance of probabilities the facts leading to that finding".

par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint.

B: À qui revient la charge de la preuve et quelle est sa norme?

Dans l'arrêt *Baxter*, précité, le juge Beauregard, tout en décidant que la question de la provocation policière doit être résolue par le jury, n'est pas prêt à conclure que c'est au ministère public que revient la charge de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu provocation policière. Il dit à cet égard à la p. 414:

... comme l'a montré monsieur le juge Estey dans *Amato*, la provocation policière ne constitue pas réellement une défense au sens classique du mot. Lorsqu'il étudie s'il y a eu provocation policière, le jury ne détermine pas si l'accusé est coupable ou innocent mais il scrute la conduite de la police pour déterminer si celle-ci a commis un abus de pouvoirs et si partant le ministère public commet un abus de procédures. J'accepterais difficilement que le ministère public puisse être empêché de poursuivre une affaire à moins que l'abus qu'on lui impute ne soit établi par une preuve prépondérante.

Dans l'affaire *Gingras*, précitée, bien qu'une procédure en deux étapes, mettant en scène le jury puis le juge, ait été adoptée, à l'un comme à l'autre stade, c'est à l'inculpé qu'est revenue la charge de prouver la provocation policière ou l'abus de procédure, par prépondérance des probabilités. Dans un arrêt fort récent, qui accueille l'appel formé par le ministère public contre un acquittement, la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest est arrivée à la conclusion, acceptée par les avocats des deux parties, que le juge du procès n'avait pas appliqué le bon critère en décidant que c'est au ministère public que revenait la charge de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait pas eu provocation policière (*R. v. Ashoona*, inédit, 19 janvier 1988, inf. (1987), 38 C.C.C. (3d) 163 (C.S.T.N.-O.)) Le juge en chef Laycraft, en son nom et en celui des juges Stratton et Côté, dans un arrêt prononcé oralement et ordonnant un nouveau procès, dit: [TRADUCTION] «Ce n'est pas au ministère public que revient la charge de démontrer hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu provocation policière. Plutôt, c'est à l'inculpé de démontrer, par prépondérance des probabilités, les faits qui entraînent cette constatation.»

The Manitoba Court of Appeal appears to have left the issue open in its recent decision in *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544. In that case the trial judge had entered an acquittal, and according to the Court of Appeal, since the accused had admitted facts consistent only with the commission of the crime, the only basis for the acquittal could be that the trial judge was not satisfied that there was an absence of entrapment. The Court of Appeal (O'Sullivan, Huband and Twaddle J.J.A.) entered a verdict of guilty because the facts did not, in their view, support the claim of entrapment. With respect to the question of the onus and standard of proof, Twaddle J.A., delivering judgment on behalf of the court, stated rather ambiguously at p. 546:

The Crown does not have to disprove entrapment when there is no evidence that the accused was entrapped. There is an evidentiary burden on the accused to show, at least, that there were circumstances from which entrapment might be inferred. Laskin C.J.C. . . . [in *Kirzner, supra*, at p. 501] appears to have been of the view that the onus is on an accused person to establish entrapment by a preponderance of evidence . . . but it is unnecessary for me to go that far in this case.

This comment of Laskin C.J. referred to above appears in the following passage from his reasons in *Kirzner, supra*, at p. 501:

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

In *Jewitt, supra*, Anderson J.A. was of the view that the accused should not bear the onus of proof on a balance of probabilities. His reasons for so holding are set out in the following passage from his judgment, at pp. 220-21:

With respect to the onus of proof, I am of the opinion that the accused should not be required to establish the defence of entrapment by a preponderance of evidence. The Crown is not, as suggested by counsel, required to prove a negative. The accused has the evidentiary

La Cour d'appel du Manitoba paraît avoir laissé la question entière dans son arrêt récent *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544. Dans cette affaire, le juge du procès avait prononcé un acquittement et, d'après la Cour d'appel, comme l'inculpé avait reconnu des faits compatibles uniquement avec la perpétration du crime, le seul fondement de l'acquittement ne pouvait être que le juge du procès n'était pas convaincu de l'absence de provocation policière. La Cour d'appel (les juges O'Sullivan, Huband et Twaddle) a rendu un verdict de culpabilité parce que les faits, à leur avis, n'étaient pas la prétention de provocation policière. Au sujet de la question de la charge et de la norme de preuve, le juge Twaddle, qui a prononcé l'arrêt de la cour, dit non sans ambiguïté à la p. 546:

[TRADUCTION] Le ministère public n'a pas à prouver l'inexistence d'une provocation policière lorsqu'il n'y a aucune preuve que l'inculpé ait pu être provoqué. Il y a une charge de présentation revenant à l'inculpé, qui doit démontrer, à tout le moins, qu'il y a eu des circonstances desquelles on pourrait déduire la provocation policière. Le juge en chef Laskin [...] [dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501] paraît avoir été d'avis que la charge revient à la personne inculpée, qui doit démontrer la provocation policière par prépondérance de preuve [...] mais il n'est pas nécessaire d'aller aussi loin en l'espèce.

Ce commentaire du juge en chef Laskin qui vient d'être mentionné se trouve dans le passage suivant de ses motifs dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501:

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

Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, le juge Anderson est d'avis que l'inculpé ne devrait pas avoir la charge de la preuve par prépondérance. Les motifs de sa conclusion sont donnés dans le passage suivant de son opinion, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la charge de la preuve, je suis d'opinion que l'inculpé ne devrait pas être requis d'établir la défense de provocation policière par prépondérance de preuve. Le ministère public n'est pas, comme m'invite à le dire l'avocat de la défense, requis

burden in the sense that he must adduce evidence by way of cross-examination of Crown witnesses or by direct testimony that would enable the trier of fact to conclude that the accused was unlawfully entrapped or that there was a reasonable doubt as to whether he was entrapped. The burden on the accused is no different, for example, from the burden imposed in respect of other defences such as duress, self-defence, drunkenness, etc., where the accused is entitled to the benefit of any reasonable doubt.

Counsel for the Crown suggested that the onus here should be the same as the onus on the accused on a plea of insanity. There is statutory authority for such an onus: see s. 16(4) of the Code, reading as follows:

“(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.”

A perusal of the provisions of the Code indicate that where Parliament has determined to place a special onus on the accused it has said so in clear terms: see, for example, s. 237(1)(a) of the Code.

Anderson J.A. also noted a potential *Charter* issue if the onus is not on the Crown, and he felt that the accused who is successful on an entrapment claim is entitled to an acquittal as opposed to a stay.

I have come to the conclusion that it is not inconsistent with the requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt to place the onus on the accused to prove on a balance of probabilities that the conduct of the state is an abuse of process because of entrapment. I repeat: the guilt or innocence of the accused is not in issue. The accused has done nothing that entitles him or her to an acquittal; the Crown has engaged in conduct, however, that disentitles it to a conviction. This point was made by Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, in a passage cited earlier. This Court in *Jewitt*, and more recently in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, affirmed that a Court may only enter a stay for an abuse of process in the “clearest of cases” (*Jewitt, supra*, at p. 137; *Keyowski, supra*, at p. 659). It is obvious to me that requiring an accused to raise only a reasonable doubt is entirely inconsistent with a rule which permits a stay in only the “clearest of cases”. More fundamentally, the claim of entrap-

de prouver ce qui n'est pas. La charge de présentation revient à l'inculpé en ce sens qu'il doit offrir des preuves, par le contre-interrogatoire des témoins du ministère public ou par témoignage direct, qui permettent au juge des faits de conclure que l'inculpé a été illicitemen provoqué ou qu'il existe un doute raisonnable qu'il l'a été. La charge de l'inculpé n'est pas différente, par exemple, de celle imposée dans le cas d'autres défenses, telles la contrainte, la légitime défense, l'ivresse, etc., où l'inculpé profite de tout doute raisonnable.

L'avocat du ministère public a proposé que la charge ici soit la même que celle de l'inculpé qui plaide l'aliénation mentale. Il y a une source légale dans ce cas: voir par. 16(4) du Code, ainsi conçu:

“(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.”

Une consultation des dispositions du Code montre que, lorsque le législateur a jugé bon d'imposer à l'inculpé une charge spéciale, il l'a dit en termes clairs: voir, par exemple, al. 237(1)a du Code.

Le juge Anderson note aussi qu'éventuellement la *Charte* pourrait être mise en cause si la charge de la preuve devait ne pas revenir au ministère public, et il estime que l'inculpé qui a gain de cause quand il fait valoir qu'il y a eu provocation policière a droit à un acquittement, par opposition à une suspension.

Je suis arrivé à la conclusion qu'imposer à l'inculpé la charge de prouver par prépondérance des probabilités que la conduite de l'État constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. Je le répète: la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. C'est ce qu'a fait valoir le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, dans un passage mentionné précédemment. Cette Cour, dans l'arrêt *Jewitt*, et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, a confirmé qu'un tribunal ne peut prononcer une suspension pour abus de procédure que dans les «cas les plus manifestes» (*Jewitt*, précité, à la p. 137; *Keyowski*, précité, à la p. 659). Il est évident quant à moi qu'exiger d'un inculpé qu'il ne soulève

ment is a very serious allegation against the state. The state must be given substantial room to develop techniques which assist it in its fight against crime in society. It is only when the police and their agents engage in a conduct which offends basic values of the community that the doctrine of entrapment can apply. To place a lighter onus on the accused would have the result of unnecessarily hampering state action against crime. In my opinion the best way to achieve a balance between the interests of the court as guardian of the administration of justice, and the interests of society in the prevention and detection of crime, is to require an accused to demonstrate by a preponderance of evidence that the prosecution is an abuse of process because of entrapment. I would also note that this is consistent with the rules governing s. 24(2) applications (*Collins, supra*, at p. 277), where the general issue is similar to that raised in entrapment cases: would the administration of justice be brought into disrepute?

Before turning to the particular case at bar I would like to comment on the requirement in *Amato, supra*, that "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 p. 446, emphasis in original). I would, upon reconsideration, prefer to use the language adopted by Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, and hold that the defence of entrapment be recognized in only the "clearest of cases". The approach set out in these reasons should provide a court with the necessary standard by which to judge the particular scheme. Once the accused has demonstrated that the strategy used by the police goes beyond the limits described earlier, a judicial condonation of the prosecution would by definition offend the community. It is not necessary to go further and ask whether the demonstrated entrapment would "shock" the community, since the accused has already shown that

qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les «cas les plus manifestes». Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. L'État doit pouvoir jouir d'une marge de manœuvre considérable afin d'élaborer des techniques qui puissent l'aider à combattre le crime dans la société. Ce n'est que lorsque la police et ses agents ont une conduite qui porte atteinte aux valeurs fondamentales de la société que la doctrine de la provocation policière peut entrer en jeu. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé aurait pour résultat d'entraver inutilement l'action de l'État contre le crime. À mon avis, la meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime, est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Je rappelle que cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par. 24(2) (*Collins*, précité, à la p. 277), où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice serait-elle déconsidérée?

Avant de me tourner vers la présente espèce, je voudrais commenter l'exigence énoncée dans l'arrêt *Amato*, précité, qu'"[e]n définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice" (à la p. 446, souligné dans l'original). Je préfère, à y repenser, reprendre les termes du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, et dire que la défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les «cas les plus manifestes». La démarche exposée dans les présents motifs devrait fournir à un tribunal la norme nécessaire pour juger la machination en cause. Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes décrites antérieurement, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait, par définition, la société. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée «révolterait» la

the administration of justice has been brought into disrepute.

In conclusion, the onus lies on the accused to demonstrate that the police conduct has gone beyond permissible limits to the extent that allowing the prosecution or the entry of a conviction would amount to an abuse of the judicial process by the state. The question is one of mixed law and fact and should be resolved by the trial judge. A stay should be entered in the "clearest of cases" only.

Disposition

In determining whether the doctrine of entrapment applies to the present appeal, this Court is restricted to the summary of evidence provided by Wetmore Co. Ct. J. in his reasons. I am of the view that a stay of proceedings should be entered in this case. While the trial judge had the advantage of hearing the testimony of the appellant, and normally findings on entrapment cases should not be disturbed because of this, I am concerned that in this case too much emphasis was placed on the appellant's state of mind. Earlier in my summary of the decisions below I cited a passage from the trial judge's reasons wherein he stated that the fundamental issue was the appellant's state of mind and his predisposition to crime. This, perhaps, explains why in his conclusion the trial judge stated the appellant was not entrapped because he acted out of a desire to profit from the transaction. If the trial judge had been permitted only to evaluate the conduct of the police objectively, I think he might well have, and in any event, ought to have come to the conclusion the police conduct amounted to entrapment.

From the facts it appears that the police had reasonable suspicion that the appellant was involved in criminal conduct. The issue is whether the police went too far in their efforts to attract the appellant into the commission of the offence.

Returning to the list of factors I outlined earlier, this crime is obviously one for which the state must

société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

En conclusion, c'est à l'inculpé que revient la charge de démontrer que la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable à un point tel que permettre à la poursuite de suivre son cours ou prononcer une déclaration de culpabilité équivaudrait à un abus de la procédure judiciaire de la part de l'État. C'est là une question mixte de droit et de fait et elle doit être résolue par le juge du procès. Une suspension ne doit être prononcée que dans les «cas les plus manifestes» uniquement.

Dispositif

Pour décider si la doctrine de la provocation policière doit être appliquée dans le présent pourvoi, cette Cour est limitée au résumé de la preuve fourni par le juge Wetmore dans ses motifs. Je suis d'avis qu'une suspension de procédure devrait être prononcée en l'espèce. Certes, le juge du procès a eu l'avantage d'entendre le témoignage de l'appellant et, normalement, les constatations faites dans les affaires de provocation policière ne devraient pas être modifiées pour cette raison mais, ce qui me préoccupe, c'est qu'en l'espèce on a beaucoup trop insisté sur l'état d'esprit de l'appelant. Auparavant, dans mon résumé des décisions des instances inférieures, j'ai cité un passage des motifs du juge du procès où il dit que le point fondamental en cause est l'état d'esprit de l'appelant et sa propension au crime. Cela explique peut-être pourquoi le juge du procès conclut en disant que l'appellant n'a pas été victime de provocation policière, puisqu'il a agi par esprit de lucre, en voulant profiter de la tractation. Si le juge du procès n'avait été autorisé qu'à évaluer objectivement la conduite de la police, je pense qu'il aurait fort bien pu, et de toute façon, aurait dû arriver à la conclusion que la conduite de la police était assimilable à la provocation policière.

Il ressort des faits que la police a eu des soupçons raisonnables que l'appelant commettrait l'infraction. La question est de savoir si les policiers sont allés trop loin dans leurs efforts pour entraîner l'appelant à commettre l'infraction.

Revenant à l'énumération des facteurs que j'ai exposés précédemment, ce crime est manifeste-

be given substantial leeway. The drug trafficking business is not one which lends itself to the traditional devices of police investigation. It is absolutely essential, therefore, for police or their agents to get involved and gain the trust and confidence of the people who do the trafficking or who supply the drugs. It is also a crime of enormous social consequence which causes a great deal of harm in society generally. This factor alone is very critical and makes this case somewhat difficult.

The police do not appear, however, to have been interrupting an ongoing criminal enterprise, and the offence was clearly brought about by their conduct and would not have occurred absent their involvement. The police do not appear to have exploited a narcotics addiction of the appellant since he testified that he had already given up his use of narcotics. Therefore, he was not, at the time, trying to recover from an addiction. Nonetheless, he also testified that he was no longer involved in drugs and, if this is true, it suggests that the police were indeed trying to make the appellant take up his former life style. The persistence of the police requests, as a result of the equally persistent refusals by the appellant, supports the appellant's version of events on this point. The length of time, approximately six months, and the repetition of requests it took before the appellant agreed to commit the offence also demonstrate that the police had to go further than merely providing the appellant with the opportunity once it became evident that he was unwilling to join the alleged drug syndicate.

Perhaps the most important and determinative factor in my opinion is the appellant's testimony that the informer acted in a threatening manner when they went for a walk in the woods, and the further testimony that he was told to get his act together after he did not provide the supply of drugs he was asked for. I believe this conduct was unacceptable. If the police must go this far, they have gone beyond providing the appellant with an opportunity. I do not, therefore, place much significance on the fact that the appellant eventually

ment un crime pour lequel il faut donner à l'État une marge de manœuvre considérable. Le trafic des stupéfiants ne se prête pas au mécanisme traditionnel d'enquête policière. Il est absolument essentiel, par conséquent, pour les forces policières ou leurs agents de se mêler à ceux qui s'adonnent au trafic ou qui fournissent les drogues et de gagner leur confiance. C'est aussi un crime aux conséquences sociales énormes, qui cause un dommage considérable à la société en général. Ce facteur, à lui seul, est des plus critiques et rend l'espèce quelque peu difficile.

Il ne semble pas toutefois que les policiers aient interrompu une affaire criminelle en cours, et l'infraction a, de toute évidence, été perpétrée à cause de leur conduite et ne se serait pas produite sans leur intervention. Les policiers ne semblent pas avoir exploité l'accoutumance de l'appelant aux stupéfiants puisque, d'après son témoignage il avait déjà abandonné leur usage. Par conséquent, il ne cherchait pas, à l'époque, à échapper à l'accoutumance. Néanmoins, il a aussi déclaré dans son témoignage qu'il n'était plus mêlé aux affaires de drogues et, si cela est vrai, cela laisse entendre que les policiers essayaient vraiment de faire reprendre à l'appelant son ancien style de vie. La persistance des demandes policières, résultant des refus également persistants de l'appelant, corrobore sa version sur ce point. La durée de l'opération, environ six mois, et la répétition des demandes avant que l'appelant ne consente à commettre l'infraction démontrent aussi que les policiers n'ont pu se contenter de fournir à l'appelant une occasion et ont dû aller plus loin quand il devint évident qu'il ne voulait pas se joindre à ce présumé gang de trafiquants de drogues.

Le facteur le plus important et le plus décisif est peut-être le témoignage de l'appelant, que l'indicateur, lorsqu'ils allèrent faire une promenade dans les bois, s'est montré menaçant, et aussi cet autre aspect de son témoignage, qu'on lui a dit de se décider une fois pour toutes, après qu'il n'eut pas fourni les drogues demandées. J'estime que cette conduite est inacceptable. Si les forces de police ont dû aller aussi loin, elles ne se sont plus contentées de fournir à l'appelant une occasion. Je n'attache donc pas une grande importance au fait que

committed the offence when shown the money. Obviously the appellant knew much earlier that he could make a profit by getting involved in the drug enterprise and he still refused. I have come to the conclusion that the average person in the position of the appellant might also have committed the offence, if only to finally satisfy this threatening informer and end all further contact. As a result I would, on the evidence, have to find that the police conduct in this case was unacceptable. Thus, the doctrine of entrapment applies to preclude the prosecution of the appellant. In my opinion, the appellant has met the burden of proof and the trial judge should have entered a stay of proceedings for abuse of process.

I would accordingly allow the appeal, set aside the conviction of the appellant and enter a stay of proceedings.

Appeal allowed.

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

*Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci,
Ottawa.*

l'appelant a finalement commis l'infraction lorsqu'on lui eut montré l'argent. Manifestement l'appelant a su bien avant cela qu'il pouvait réaliser un profit dans le commerce de la drogue, mais il refusait toujours. Je suis arrivé à la conclusion qu'une personne ordinaire, dans la situation de l'appelant, aurait pu aussi commettre l'infraction, ne serait-ce que pour satisfaire enfin l'indicateur menaçant et rompre tout contact. Par conséquent, je suis obligé, compte tenu de la preuve, de constater que la conduite de la police en l'espèce était inacceptable. Par conséquent, la doctrine de la provocation policière s'applique et interdit de poursuivre l'appelant. À mon avis, l'appelant s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui revenait et le juge du procès aurait dû prononcer une suspension d'instance pour cause d'abus de procédure.

d Je suis d'avis, en conséquence, d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant, d'ordonner un nouveau procès et de prononcer une suspension d'instance.

Pourvoi accueilli.

*Procureur de l'appelant: Sydney B. Simons,
Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci,
Ottawa.*