

**Scott Conway Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. V. CONWAY

File No.: 20877.

1988: December 16; 1989: June 22.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest,  
L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

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

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

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 The new counsel then informed the appellant that he could no longer represent him in proceedings held in Ottawa.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

**Scott Conway Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. C. CONWAY

N° du greffe: 20877.

1988: 16 décembre; 1989: 22 juin.

b

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

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

c

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Le* juge en chef Dickson et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. Bien que la doctrine de l'abus de procédure ne se limite pas aux cas de conduite blâmable de la poursuite et de motif illégitime, la conduite du ministère public en l'espèce ne constitue pas un abus de procédure. Le pouvoir du juge ne peut s'exercer que dans les cas les plus manifestes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

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

By Lamer J.

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

By Sopinka J. (dissenting)

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

#### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

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

Citée par le juge Lamer

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

Citée par le juge Sopinka (dissent)

*R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); Cour Eur. D. H., affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 7; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289; *Korponay c. Procu-*

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

#### Statutes and Regulations Cited

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Abuse of Process

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

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

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

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(b), 24. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 429, 430 [abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 64], 465(1)(b) [mod. chap. 2 (2<sup>e</sup> supp.), art. 6; mod. 1972, chap. 13, art. 38; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 58], 534(4) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 7; abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 125].

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

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

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

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

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

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

L'abus de procédure

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

#### L'abus de procédure

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d’ordonner un arrêt des procédures afin de remédier à un abus du processus judiciaire. Notre Cour a confirmé l’existence de ce pouvoir discrétionnaire «de suspendre l’instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, ainsi que d’empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137, citant *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.)) Le pouvoir du juge ne doit s’exercer que dans les «cas les plus manifestes» (*Jewitt*, précité, à la p. 137).

Suivant la doctrine de l’abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d’un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l’accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d’une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu’elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l’intégrité du tribunal. Cette doctrine est l’une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d’une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C’est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l’administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l’atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l’intérêt de la société d’assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l’administration de la justice est mieux servie par l’arrêt des procédures.

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

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

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

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

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

La suspension d'instance pour abus de procédure ne se limite pas aux cas où on a prouvé la conduite blâmable de la poursuite. En prononçant les motifs de la Cour dans *R. v. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, le juge Wilson a clairement indiqué que tous les facteurs pertinents, notamment la mauvaise foi de la part du ministère public, doivent être pris en ligne de compte (à la p. 659):

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

Bien que le juge Wilson paraisse admettre qu'un trop grand nombre de procès puisse suffire à rendre les poursuites «oppressives», elle affirme plus loin dans ses motifs que le seuil se situe au-dessus de deux procès non concluants (à la p. 660):

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

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

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

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

**534. ...**

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

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

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

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

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

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

**534. ...**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Right to Be Tried Within a Reasonable Time

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

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

### Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

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

*Section 11(b) of the Charter*

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

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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

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

*j L'alinéa 11b) de la Charte*

L'alinéa 11b) de la *Charte* énonce:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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

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