

**Simon Kwok Cheng Chow** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. CHOW**

**Neutral citation: 2005 SCC 24.**

File No.: 29919.

2004: December 16; 2005: April 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Interception of communications — Accused and three co-accused charged with murder — Crown’s case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused’s name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

*Criminal law — Interception of communications — Successive authorizations — Accused and three co-accused charged with murder — Crown’s case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused’s name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused “known” person within meaning of Criminal Code when first two authorizations sought and obtained — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 185(1)(e).*

*Criminal law — Procedure — Separate trials — Accused and three co-accused charged with murder — Whether accused entitled to severance in order to*

**Simon Kwok Cheng Chow** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CHOW**

**Référence neutre : 2005 CSC 24.**

N° du greffe : 29919.

2004 : 16 décembre; 2005 : 27 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l’accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l’accusé dans l’affidavit accompagnant les deux premières demandes d’autorisation — Prétention de l’accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — Le droit de l’accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

*Droit criminel — Interception de communications — Autorisations successives — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l’accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l’accusé dans l’affidavit accompagnant les deux premières demandes d’autorisation — Prétention de l’accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — L’accusé était-il une personne « connue » au sens du Code criminel lorsque les deux premières autorisations ont été demandées et obtenues? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 185(1)e).*

*Droit criminel — Procédure — Procès distincts — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — L’accusé a-t-il droit à un procès distinct afin de pouvoir*

*compel one of co-accused to testify — Whether denial of severance deprived him of right to make full answer and defence.*

The accused was convicted by jury of murder in the first degree for a killing planned and carried out with co-conspirators. The victim was shot by a co-accused. The Crown's case against the accused was that he was privy to the murder and knowingly remitted the payment for the contract killing to the getaway driver. The accused's defence was that the payment had nothing to do with the murder but was related to a marijuana project. The Crown had mounted a compelling circumstantial case, based largely on intercepted telephone conversations. The calls had been intercepted pursuant to eleven successive authorizations, of which the sixth and seventh yielded evidence crucial to the case against the accused. He applied for exclusion of the wiretap evidence pursuant to ss. 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, arguing that he was a "known" person whose name was not disclosed when the first and second wiretap authorizations were sought and obtained and that the third and subsequent authorizations rested on the foundation of information unlawfully obtained from the second. He also applied for severance in order to compel one of his co-accused to testify. Both applications were dismissed. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal against his conviction as well as his application to re-open the hearing on the issue of severance.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The accused's constitutionally protected right to privacy was not violated by the interception of his private communications pursuant to the sixth and seventh authorizations. First, he was not a "known" person within the meaning of s. 185(1) of the *Criminal Code* when the first and second wiretap authorizations were sought and obtained, because the officers concerned did not yet then have reasonable grounds to believe that he was connected to the offence they were investigating. Second, even if it were assumed that the accused was then a "known" person, evidence unaffected by the alleged breach of his *Charter* rights amply supported the subsequent authorizations. [8] [39] [41]

The accused was not entitled in this case to severance in order to compel a co-accused to testify. The

*contraindre un des coaccusés à témoigner? — Le refus d'un procès distinct l'a-t-il privé de son droit à une défense pleine et entière?*

L'accusé a été déclaré coupable par un jury de meurtre au premier degré pour avoir commis avec préméditation un meurtre avec des coconspirateurs. Un coaccusé a abattu la victime. La preuve du ministère public contre l'accusé est que celui-ci était au courant du plan de meurtre et a, en toute connaissance de cause, remis au conducteur du véhicule ayant servi à la fuite l'argent du meurtre commandé. En défense, l'accusé a fait valoir que le paiement n'avait rien à voir avec le meurtre, mais concernait une affaire de marijuana. Le ministère public avait recueilli une preuve circonstancielle convaincante, fondée principalement sur des conversations téléphoniques interceptées. Les appels avaient été interceptés en vertu de onze autorisations successives, dont la sixième et la septième avaient permis d'obtenir des éléments cruciaux pour la preuve contre l'accusé. Invoquant les art. 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, celui-ci a demandé l'exclusion de la preuve obtenue par écoute électronique, faisant valoir qu'il était une personne « connue » mais dont le nom n'avait pas été indiqué lorsque la première et la deuxième autorisations d'écoute électronique ont été demandées et obtenues, et que la troisième autorisation et les autres qui ont suivi reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu de la deuxième autorisation. Il a aussi demandé un procès distinct afin de contraindre un des coaccusés à témoigner. Les deux demandes ont été rejetées. La Cour d'appel a rejeté son appel contre sa condamnation ainsi que sa demande de réouverture de l'appel sur la question de la tenue de procès distincts.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'interception des communications privées de l'accusé en vertu des sixième et septième autorisations n'a pas porté atteinte au droit à la vie privée qui lui est garanti par la Constitution. Premièrement, l'accusé n'était pas une personne « connue » au sens du par. 185(1) du *Code criminel* lorsque la première et la deuxième autorisations d'écoute électronique ont été demandées et obtenues, parce que les policiers concernés n'avaient pas encore de motifs raisonnables de croire qu'il existait un lien entre lui et l'infraction sur laquelle ils enquêtaient. Deuxièmement, même si on présumait qu'il était alors une personne « connue », des éléments de preuve non touchés par la prétendue violation de ses droits garantis par la *Charte* étayaient amplement les autorisations subséquentes. [8] [39] [41]

L'accusé n'avait pas droit en l'espèce à un procès distinct pour contraindre un coaccusé à témoigner. Le

only evidence that was not before the trial judge when he denied the accused's severance application was a reference by the co-accused who shot the victim to the getaway driver's statement that he was to attend a meeting about "some old weed business" on the day of the payment. However, this co-accused's proposed testimony that he had not received any payment for the shooting was considered by the trial judge and was in fact put to the jury. It is well established that separate trials for alleged co-conspirators are the exception, and not the rule. The relevance and admissibility of a co-accused's evidence do not alone entitle a jointly charged accused to a separate trial. In principle, severance will be granted only where a joint trial would work an injustice to the accused. Here, the accused's inability to compel his co-accused to testify did not result in a miscarriage of justice. The co-accused's proposed evidence could hardly have changed the jury's verdict. Though relevant, it was of slight probative value in the context of the case as a whole. [10] [45] [47] [51]

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193; **referred to:** *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *R. v. Commisso*, [1983] 2 S.C.R. 121.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 185(1)(e), 675(1)(a)(ii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Saunders and Low J.J.A.) (2003), 179 B.C.A.C. 92, 295 W.A.C. 92, 180 C.C.C. (3d) 184, [2003] B.C.J. No. 452 (QL), 2003 BCCA 131 (*sub nom. R. v. Mapara; R. v. Chow*), upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

*Peter Leask, Q.C.*, and *Jeremy Gellis*, for the appellant.

*Henry J. R. Reiner, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

seul élément de preuve dont ne disposait pas le juge du procès lorsqu'il a rejeté la demande d'un procès distinct de l'accusé était la mention, par le coaccusé qui a tiré sur la victime, de la déclaration du chauffeur du véhicule ayant servi à la fuite qu'il devait aller, le jour du paiement, à une rencontre concernant « une vieille affaire d'herbe ». Cependant le témoignage que ce coaccusé aurait apporté et selon lequel il n'avait pas reçu d'argent pour le meurtre a été pris en compte par le juge du procès et a été, en fait, soumis à l'appréciation du jury. Il est bien établi que la tenue de procès distincts pour de présumés comploteurs est l'exception et non la règle. La pertinence et la recevabilité du témoignage d'un coaccusé ne donnent pas, à elles seules, à une personne accusée conjointement de meurtre le droit à un procès distinct. En principe, la tenue d'un procès distinct ne sera ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. En l'espèce, l'impossibilité pour l'accusé de contraindre un coaccusé à témoigner n'a pas entraîné d'erreur judiciaire. Le témoignage que le coaccusé aurait apporté n'aurait guère changé le verdict du jury. Bien que pertinent, il avait une faible valeur probante eu égard à l'ensemble de la preuve. [10] [45] [47] [51]

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193; **arrêts mentionnés :** *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 185(1)(e), 675(1)(a)(ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Saunders et Low) (2003), 179 B.C.A.C. 92, 295 W.A.C. 92, 180 C.C.C. (3d) 184, [2003] B.C.J. No. 452 (QL), 2003 BCCA 131 (*sub nom. R. c. Mapara; R. c. Chow*), qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

*Peter Leask, c.r.*, et *Jeremy Gellis*, pour l'appellant.

*Henry J. R. Reiner, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

Overview

Aperçu

Simon Kwok Cheng Chow was convicted by a jury of murder in the first degree. He and three co-accused — Sameer Mapara, George Wasfi, and Shane Kelly Shoemaker — were alleged by the Crown to have planned and carried out the murder of Vikash Chand.

Simon Kwok Cheng Chow a été déclaré coupable de meurtre au premier degré par un jury. Il a été accusé avec trois autres personnes — Sameer Mapara, George Wasfi et Shane Kelly Shoemaker — d’avoir commis avec préméditation le meurtre de Vikash Chand.

1

The Crown had mounted against them what the Court of Appeal characterized as a “compelling circumstantial case”, based largely on intercepted telephone conversations. The Crown relied as well on the testimony of the getaway driver, Haddi Binahmad, who had been granted immunity in exchange for his evidence.

Le ministère public avait recueilli contre eux ce qui, selon la Cour d’appel, constitue une [TRADUCTION] « preuve circonstancielle convaincante », fondée principalement sur des conversations téléphoniques interceptées. Il s’est également appuyé sur le témoignage du conducteur du véhicule ayant servi à la fuite des accusés, Haddi Binahmad, qui s’était vu accorder l’immunité en échange de son témoignage.

2

At trial, Chow applied for severance in order to compel Shoemaker to testify. He also applied for exclusion of the wiretap evidence, pursuant to ss. 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both applications were dismissed.

Au procès, Chow a demandé un procès distinct afin de contraindre Shoemaker à témoigner. Il a aussi demandé, invoquant les art. 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l’exclusion de la preuve obtenue par écoute électronique. Les deux demandes ont été rejetées.

3

Chow was convicted and his conviction was affirmed by the British Columbia Court of Appeal ((2003), 179 B.C.A.C. 92, 2003 BCCA 131).

Chow a été déclaré coupable et sa condamnation a été confirmée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ((2003), 179 B.C.A.C. 92, 2003 BCCA 131).

4

In this Court, Chow attacks his conviction on two main grounds: first, that the intercepted communications should have been declared inadmissible against him; second, that the denial of severance deprived him of his right to make full answer and defence.

Devant la Cour, Chow invoque deux moyens pour contester sa déclaration de culpabilité : premièrement, les communications interceptées auraient dû être déclarées irrecevables contre lui; deuxièmement, le refus d’un procès distinct l’a privé de son droit à une défense pleine et entière.

5

Neither ground succeeds.

Aucun de ces moyens ne peut être retenu.

6

On the first ground, Chow argues that he was known to the police but not named, as required by law, when the first wiretap authorization was sought and obtained. His private communications intercepted under its authority, he says, were therefore obtained in violation of his right, under s. 8 of the

En ce qui concerne le premier moyen, Chow fait valoir qu’il était connu de la police, mais qu’il n’était pas nommé, comme l’exige la loi, lorsque la première autorisation d’écoute électronique a été demandée et obtenue. Ses communications privées qui ont été interceptées en vertu de cette autorisation

7

*Charter*, “to be secure against unreasonable search or seizure”. Chow submits that the subsequent authorizations rested on the foundation of those intercepted communications. The wiretap evidence relevant to the murder of Chand was obtained pursuant to these subsequent authorizations and should therefore have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

8 This ground fails, for two reasons. First, because Chow was not a “known” person, in the relevant sense, when the first and second wiretap authorizations were sought and obtained. The officers concerned did not yet then have reasonable grounds to believe that Chow was connected to the offence they were investigating. Second, evidence unaffected by the alleged breach of Chow’s *Charter* rights amply supported the subsequent authorizations, under which the communications relevant to the present matter were intercepted.

9 On the second ground, Chow argues that the trial judge’s denial of severance resulted in a miscarriage of justice because it prevented him from leading evidence that might have raised a reasonable doubt as to his guilt. More specifically, he contends that Shoemaker’s testimony, partly unavailable to the trial judge when severance was denied, would have undermined the Crown’s theory of the case and supported his own.

10 Shoemaker’s proposed evidence was doubtless relevant and, without so deciding, I am prepared to assume — as did the Court of Appeal — that it was admissible. In the absence of severance, Chow was deprived of its benefit since Shoemaker, co-accused with Chow, was not a compellable witness. But the relevance and admissibility of a co-accused’s evidence do not alone entitle a jointly charged accused to a separate trial. Separate trials for those who are alleged to have conspired or to have committed a crime in concert remain the

ont donc été obtenues, dit-il, en violation du « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » qui lui est garanti par l’art. 8 de la *Charte*. Il plaide que les autorisations subséquentes reposaient sur ces communications interceptées. La preuve recueillie par écoute électronique relativement au meurtre de Chand a été obtenue en vertu de ces autorisations subséquentes et aurait donc dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Ce moyen est rejeté pour deux motifs. Premièrement, Chow n’était pas une personne dont l’identité était connue (« personne connue »), à proprement parler, lorsque la première et la deuxième autorisations d’écoute électronique ont été demandées et obtenues. Les policiers concernés n’avaient pas encore de motifs raisonnables de croire qu’il existait un lien entre Chow et l’infraction sur laquelle ils enquêtaient. Deuxièmement, d’autres éléments de preuve sur lesquels la violation alléguée des droits garantis à Chow par la *Charte* n’avait aucune incidence étayaient amplement les autorisations subséquentes permettant d’intercepter les communications pertinentes en l’espèce.

En ce qui concerne le second moyen, Chow soutient que le refus du juge du procès de lui accorder un procès distinct a entraîné une erreur judiciaire parce qu’il l’a empêché de produire des éléments de preuve qui auraient pu soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Il affirme plus précisément que le témoignage de Shoemaker, inaccessible en partie au juge du procès lorsqu’il a refusé la tenue de procès distincts, aurait ébranlé la thèse du ministère public et appuyé la sienne.

Le témoignage que Shoemaker aurait apporté était pertinent. Sans pour autant conclure en ce sens, je suis disposé à accepter — comme l’a fait la Cour d’appel — qu’il était recevable. En l’absence d’un procès distinct, Chow a été privé de cet élément de preuve puisque Shoemaker, le co-accusé de Chow, n’était pas un témoin contraignable. Toutefois, la pertinence et la recevabilité du témoignage d’un coaccusé ne donnent pas droit à elles seules à un procès distinct. En effet, la tenue de procès distincts pour les personnes accusées

exception and not the rule. In principle, severance will only be granted where a joint trial will work an injustice to the accused: *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858.

d’avoir complété ou d’avoir commis ensemble un crime demeure l’exception et non la règle. En principe, elle ne sera ordonnée que s’il est établi qu’un procès conjoint causerait une injustice à l’accusé : *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858.

Here, Shoemaker’s proposed evidence was found both by the trial judge and by the Court of Appeal to have “marginal” probative weight. Both courts concluded, after careful consideration, that it could hardly have changed the jury’s verdict. They applied the governing principles judicially and, in concluding as they did, committed no error warranting the intervention of this Court.

En l’espèce, le juge du procès et la Cour d’appel ont tous les deux estimé que le témoignage éventuel de Shoemaker avait une valeur probante « faible ». Après un examen attentif, les deux cours ont conclu que ce témoignage n’aurait guère changé le verdict du jury. Elles ont appliqué les principes pertinents de manière judiciaire et, dans leurs conclusions, elles n’ont pas commis d’erreur justifiant l’intervention de la Cour.

11

Both grounds thus fail, and the appeal should be dismissed.

Les deux moyens invoqués ne sont donc pas retenus et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

12

II

II

Facts and Proceedings

Les faits et les procédures

Chow, Mapara, Wasfi and Shoemaker were jointly charged with the first degree murder of Chand. Chand, while changing a licence plate on Chow’s car in Mapara’s car lot, was shot seven times by Shoemaker.

Chow, Mapara, Wasfi et Shoemaker ont été accusés conjointement du meurtre au premier degré de Chand. Pendant que celui-ci changeait la plaque d’immatriculation de la voiture de Chow sur le terrain de voitures de Mapara, Shoemaker a tiré sept fois sur lui.

13

The Crown’s theory of the case was that Chow was privy to Chand’s murder and knowingly remitted to the getaway driver, Binahmad, payment for the contract killing.

Selon la thèse du ministère public, Chow était au courant du plan de meurtre de Chand et a, en toute connaissance de cause, remis à Binahmad, le conducteur du véhicule ayant servi à la fuite, l’argent du meurtre commandé.

14

Binahmad, a Crown witness who had been granted immunity from prosecution, testified that Mapara had hired Wasfi to murder Chand and that Wasfi, in turn, recruited Shoemaker to do the killing. He stated that Chow gave him \$7,000 as a “down payment” on the contract, that he remitted the \$7,000 to Shoemaker, and that Chow, at Wasfi’s request, gave him an additional \$2,000 after the killing to enable him to leave town.

Binahmad, le témoin à charge qui s’était vu accorder l’immunité contre les poursuites, a déclaré que Mapara avait engagé Wasfi pour qu’il tue Chand et que Wasfi, de son côté, avait recruté Shoemaker pour qu’il commette le meurtre. Il a dit que Chow lui avait donné 7 000 \$ à titre d’« avance » sur le contrat, qu’il avait remis les 7 000 \$ à Shoemaker et que Chow, à la demande de Wasfi, lui avait donné 2 000 \$ de plus après le meurtre pour lui permettre de quitter la ville.

15

Chow’s defence was that his payment to Binahmad had nothing to do with the murder and

En défense, Chow a fait valoir que l’argent qu’il avait versé à Binahmad n’avait rien à voir avec

16

was not intended for Shoemaker. It related, he said, to a “marijuana project” that he had undertaken with Wasfi.

17 Shoemaker did not testify.

18 The Crown entered into evidence telephone conversations involving Chow, Wasfi and Mapara. The calls had been intercepted pursuant to eleven successive authorizations, of which the sixth and seventh yielded evidence crucial to the prosecution’s case against Chow. Chow sought unsuccessfully to exclude this evidence under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*.

19 Oppal J. rejected Chow’s application. He noted that the use of electronic means to intercept private communications constitutes a search and seizure that will be deemed unreasonable under s. 8 of the *Charter* unless judicially authorized in accordance with the relevant statutory requirements. Section 185(1)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, stipulates that the affidavit accompanying an application must disclose the existence of known persons (“knowns”) whose conversations are targeted. Failure to do so will render unlawful any ensuing interception of a “known’s” communications.

20 Oppal J. thought there was “much evidence to indicate that [the police] ought to have known about the existence or identity of Chow” (Ruling on *voir dire*, [2001] B.C.J. No. 2959 (QL), 2001 BCSC 1815, at para. 32). He found it unnecessary, however, to determine whether Chow was a “known” when the first and second authorizations were sought and granted, since the Crown did not rely on any intercepts obtained as a result of any authorizations in which Chow was not named as a target. Moreover, Oppal J. concluded that the validity of the first and second authorizations had no inherent bearing on the admissibility of the subsequent intercepts: since each authorization represented a separate order, its legality was to be independently determined.

le meurtre et n’était pas destiné à Shoemaker. Il concernait, selon lui, une [TRADUCTION] « affaire de marijuana » dans laquelle il était impliqué avec Wasfi.

Shoemaker n’a pas témoigné.

Le ministère public a mis en preuve des conversations téléphoniques de Chow, Wasfi et Mapara. Ces appels avaient été interceptés en vertu de onze autorisations successives, dont la sixième et la septième avaient permis d’obtenir des éléments cruciaux pour la preuve du ministère public contre Chow. Ce dernier a tenté en vain de les faire écarter en invoquant l’art. 8 et le par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Oppal a rejeté la demande de Chow. Il a fait observer que le recours à des moyens électroniques pour intercepter des communications privées constitue une fouille, une saisie ou une perquisition qui sera jugée abusive selon l’art. 8 de la *Charte*, sauf si un tel recours est autorisé par un juge conformément aux dispositions législatives pertinentes. Selon l’alinéa 185(1)e du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, l’affidavit qui accompagne la demande doit indiquer l’existence des personnes connues dont les conversations sont ciblées. Sinon, toute interception ultérieure de communications de personnes connues sera illégale.

Le juge Oppal a estimé qu’il y avait [TRADUCTION] « de nombreux éléments de preuve indiquant [que la police] aurait dû être au courant de l’existence ou de l’identité de Chow » (Décision sur un *voir-dire*, [2001] B.C.J. No. 2959 (QL), 2001 BCSC 1815, par. 32). Il a toutefois jugé inutile de déterminer si Chow était une personne connue lorsque la première et la deuxième autorisations ont été demandées et accordées, puisque le ministère public ne s’est appuyé sur aucune des interceptions faites en vertu d’autorisations dans lesquelles Chow n’était pas nommé comme cible. De plus, le juge Oppal a conclu que la validité de la première et de la deuxième autorisations n’avait aucune incidence particulière sur la recevabilité des interceptions ultérieures : chacune des autorisations constituant une ordonnance distincte, leur légalité devait être déterminée de façon indépendante.

At the conclusion of the Crown's case, Chow and Wasfi both applied for severance. Oppal J. allowed Wasfi's application, but not Chow's. Applying *R. v. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), he held that the "issue to be ultimately determined by the court is whether the refusal to order a separate trial [would result] in a miscarriage of justice". Oppal J. found that Chow's application failed on that test since Shoemaker's anticipated testimony was of "marginal" import.

Chow and Mapara both testified. Shoemaker did not, but in a statement to the police admitted at the trial, he denied having received any payment at all for the killing. Chow testified that the intercepted telephone calls referred to a marijuana deal and that, in two calls, he realized that Wasfi was referring to a contract killing but said he was not interested. He said that he thought the money he paid to Binahmad was for the "marijuana project".

Chow, Shoemaker and Mapara were all convicted by the jury of first degree murder.

Chow and Mapara appealed. Chow's main grounds were that Oppal J. erred in refusing to grant him a separate trial and in admitting the wiretap evidence. He submitted as well that the verdict was unreasonable and sought to adduce "fresh evidence" in the form of an affidavit (a "will say" statement) by Shoemaker. The essence of the affidavit was that Shoemaker, if compelled to testify, would state that he had not received the \$7,000 from Binahmad.

Shoemaker was cross-examined by the Crown on his affidavit. On re-examination by Chow's counsel, he stated that Binahmad had told him, on the day Binahmad received the \$7,000 from Chow, that he (Binahmad) had to attend a meeting about "some old weed business".

À la conclusion de la preuve du ministère public, Chow et Wasfi ont tous les deux demandé des procès distincts. Le juge Oppal a fait droit à la demande de Wasfi mais non à celle de Chow. Appliquant l'arrêt *R. c. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), il a statué que [TRADUCTION] « la question que le tribunal doit ultimement trancher est celle de savoir si le refus d'ordonner un procès séparé entraînerait une erreur judiciaire ». Le juge Oppal a conclu que la demande de Chow ne satisfaisait pas à ce critère puisque le témoignage prévu de Shoemaker avait une importance [TRADUCTION] « faible ».

Chow et Mapara ont tous les deux témoigné. Shoemaker ne l'a pas fait, mais dans une déclaration à la police qui a été admise en preuve au procès, il a catégoriquement nié avoir reçu de l'argent pour commettre le meurtre. Chow a affirmé que les appels téléphoniques interceptés se rapportaient à une transaction de marijuana et que, lors de deux des appels, il s'était rendu compte que Wasfi parlait d'un meurtre commandé, mais qu'il lui avait répondu que cela ne l'intéressait pas. Il pensait, a-t-il dit, que l'argent versé à Binahmad était destiné à une « affaire de marijuana ».

Le jury a déclaré Chow, Shoemaker et Mapara coupables de meurtre au premier degré.

Chow et Mapara ont interjeté appel. Les principaux moyens invoqués par Chow étaient que le juge Oppal avait fait erreur en lui refusant un procès distinct et en admettant la preuve obtenue par écoute électronique. Il a en outre soutenu que le verdict était déraisonnable et a tenté de faire admettre un [TRADUCTION] « nouvel élément de preuve », soit un affidavit (une déclaration anticipée) de Shoemaker. Dans son affidavit, Shoemaker affirmait pour l'essentiel que, s'il était contraint à témoigner, il déclarerait ne pas avoir reçu les 7 000 \$ de Binahmad.

Shoemaker a été contre-interrogé au sujet de son affidavit par le ministère public. Réinterrogé par l'avocat de Chow, il a affirmé que Binahmad lui avait dit, le jour où Chow lui avait remis les 7 000 \$, qu'il (Binahmad) devait se rendre à une rencontre au sujet d'[TRADUCTION] « une vieille affaire d'herbe ».

21

22

23

24

25

26 Speaking for the Court of Appeal, Donald J.A. agreed with the trial judge that « Shoemaker's evidence was too marginal to justify a severance » (para. 22). He found that the wiretaps had been properly admitted and that the verdict was reasonable and supported by the evidence.

27 After the appeal was heard, but before judgment was entered, Chow sought to re-open the hearing so as to take into account, on the issue of severance, Shoemaker's reference to the "old weed business". Chow's counsel stated that this aspect of Shoemaker's examination was not raised at the hearing of the appeal because of his instructions and because of the pressures of time. Neither explanation is compelling.

28 Chow's application for a re-opening of the appeal was dismissed ((2003), 182 B.C.A.C. 88, 2003 BCCA 248).

### III

#### Discussion

29 The appellant advanced four arguments in his factum: (1) that the Court of Appeal erred in holding that he was not entitled to severance; (2) that the trial judge erred in admitting the intercepted communications; (3) that the Court of Appeal erred in attaching no significance to the trial judge's issuance of a certificate pursuant to s. 675(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*; and (4) that the jury's verdict was unreasonable. Counsel chose, wisely, not to press grounds (3) and (4) in oral argument: the first is devoid of any basis in law; the second was thoroughly examined and properly disposed of by the Court of Appeal.

30 I turn, then, to the two remaining issues: the admissibility of the wiretaps and the denial of severance.

Au nom de la Cour d'appel, le juge Donald a convenu avec le juge du procès que [TRADUCTION] « le témoignage de Shoemaker était trop peu important pour justifier la tenue de procès distincts » (par. 22). Il a conclu que les bandes d'écoute électronique avaient été admises à bon droit et que le verdict était raisonnable et étayé par la preuve.

Après l'audition de l'appel mais avant le prononcé du jugement, Chow a tenté de faire rouvrir l'audience pour qu'il soit tenu compte, au sujet de la question de la tenue de procès distincts, de l'allusion de Shoemaker à une « vieille affaire d'herbe ». L'avocat de Chow a affirmé que cet aspect de l'interrogatoire de Shoemaker n'avait pas été soulevé à l'audition de l'appel à cause des instructions qu'il avait reçues et des contraintes de temps. Aucune de ces explications n'est convaincante.

La demande de réouverture de l'appel présentée par Chow a été rejetée ((2003), 182 B.C.A.C. 88, 2003 BCCA 248).

### III

#### Analyse

L'appellant a invoqué quatre arguments dans son mémoire : (1) la Cour d'appel a fait erreur en statuant qu'il n'avait pas droit à un procès distinct; (2) le juge du procès a fait erreur en admettant en preuve les communications interceptées; (3) la Cour d'appel a fait erreur en n'attachant aucune importance au fait que le juge du procès avait délivré le certificat prévu au sous-al. 675(1)(a)(ii) du *Code criminel*; (4) le verdict du jury était déraisonnable. L'avocat a sagement choisi de ne pas insister sur les arguments (3) et (4) dans les plaidoiries. En effet, le premier de ces arguments ne repose sur aucun fondement juridique et le second a été examiné à fond et dûment tranché par la Cour d'appel.

Je vais donc examiner les deux questions qui restent : l'admissibilité des éléments de preuve obtenus par écoute électronique et le refus de la tenue de procès distincts.

IV

The Wiretap Issue

The prosecution of Chow, Mapara, Wasfi and Shoemaker was based in large part on private communications intercepted pursuant to eleven consecutive authorizations obtained by the Vancouver Island District Drug Section, a unit of the RCMP, between October 1997 and May 1999. The targets of the authorizations changed over time, and Chow was first named in the application for the third authorization. The calls relating to Chand’s murder were intercepted pursuant to the sixth and seventh authorizations.

Chow submits that his existence and relevance to the investigation were known to the RCMP at the outset of Project E-Page. He should therefore have been named in the affidavits supporting the first and second applications. Since he was not, his communications were intercepted unlawfully during the life of the second authorization: *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148. Finally, according to Chow, the third and subsequent authorizations rested on the foundation of information obtained from the second, and they, too, must for that reason be set aside.

Section 185(1)(e) of the *Criminal Code* states, in part:

**185.** (1) An application for an authorization to be given under section 186 [that is, a wiretap authorization] shall be made *ex parte* and in writing to a judge . . . .

. . . .

and shall be accompanied by an affidavit, which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters:

. . . .

(e) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private

IV

L’écoute électronique

L’action intentée contre Chow, Mapara, Wasfi et Shoemaker reposait en grande partie sur des communications privées interceptées en vertu de onze autorisations consécutives obtenues par la Section antidrogue du district de l’île de Vancouver de la GRC, entre octobre 1997 et mai 1999. Les personnes visées par les autorisations ont changé avec le temps et Chow a été nommé pour la première fois dans la demande concernant la troisième autorisation. Les appels relatifs au meurtre de Chand ont été interceptés en vertu des sixième et septième autorisations.

Chow prétend que la GRC connaissait son existence et son importance pour l’enquête dès le début du projet E-Page. Il aurait donc dû être nommé dans les affidavits qui accompagnaient les première et deuxième demandes. Selon lui, comme son nom n’y figurait pas, ses communications ont été interceptées illégalement pendant la période de validité de la deuxième autorisation : *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148. Enfin, selon Chow, la troisième autorisation et les autres qui ont suivi reposaient sur des renseignements obtenus en vertu de la deuxième autorisation et, de ce fait, elles doivent également être écartées.

L’alinéa 185(1)e) du *Code criminel* prévoit notamment ce qui suit :

**185.** (1) Pour l’obtention d’une autorisation visée à l’article 186 [c’est-à-dire une demande d’écoute électronique], une demande est présentée *ex parte* et par écrit à un juge . . . .

. . . .

il doit y être joint un affidavit d’un agent de la paix ou d’un fonctionnaire public pouvant être fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit :

. . . .

e) les noms, adresses et professions, s’ils sont connus, de toutes les personnes dont les communications

31

32

33

communications there are reasonable grounds to believe may assist the investigation of the offence . . . .

34 Some police officers knew of Chow's existence and suspected his involvement in criminal activity when the applications for the first and second authorizations were made. The RCMP unit conducting Project E-Page, however, was unaware of his connection to the specific investigation for which those authorizations were sought. It was not known, nor were there reasonable grounds to believe, that Chow was a person whose private communications would, if intercepted, assist in that investigation.

35 The RCMP unit had earlier obtained the name "Simon Chow" from the "Coordinated Law Enforcement Unit". Chow was said to be involved with "David Jai" in the trafficking of marijuana. Project E-Page related, initially, to illegal trafficking in cocaine and heroin, and later focussed exclusively on heroin. "David Jai" was then suspected to be (and later determined to be) David Au, who was a "known" in the first E-Page authorization and a target in the second.

36 It appears from the record, however, that Jai and Au were not then known to be one and the same. Nor was it known that Chow was involved in heroin trafficking. The RCMP had also learned from an informant that a certain "Simon LNU (last name unknown)" was associated with Au, but did not have reasonable grounds to believe that he was the appellant, Simon Chow. It only had what has been described in the Crown's factum as an "unconfirmed suspicion" that this was the case.

37 It was only during the period covered by the second authorization, when David Au became a target of Project E-Page, that investigators intercepted calls between Au and a person called "Ah-Sei", who was later determined to be Chow. They also intercepted conversations between Au and

privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction . . .

Lorsque les première et deuxième demandes d'autorisation ont été présentées, certains policiers connaissaient l'existence de Chow et le soupçonnaient d'être impliqué dans des activités criminelles. La section de la GRC chargée du projet E-Page ignorait toutefois qu'il existait un lien entre lui et l'enquête pour laquelle ces autorisations avaient été demandées. On ne savait pas et on n'avait pas de motifs raisonnables de croire que Chow était une personne dont les communications privées, si elles étaient interceptées, pourraient être utiles à cette enquête.

La section de la GRC avait obtenu auparavant le nom « Simon Chow » de la « Coordinated Law Enforcement Unit ». Chow aurait été impliqué avec « David Jai » dans le trafic de marijuana. À l'origine, le projet E-Page concernait le trafic illégal de cocaïne et d'héroïne, mais plus tard, il a porté exclusivement sur l'héroïne. On soupçonnait alors « David Jai » d'être en réalité David Au (ce qui a plus tard été confirmé), personne connue dans la première autorisation du projet E-Page et cible dans la deuxième.

Il ressort toutefois du dossier qu'on ne savait alors pas avec certitude que Jai et Au étaient une seule et même personne. On ne savait pas non plus que Chow était impliqué dans le trafic d'héroïne. La GRC avait également appris d'un indicateur qu'un certain « Simon LNU (nom de famille inconnu) » entretenait des liens avec Au, mais elle n'avait aucun motif raisonnable de croire qu'il s'agissait de l'appelant, Simon Chow. Elle n'avait à ce sujet que ce qui était décrit comme [TRADUCTION] « des soupçons non confirmés » dans le mémoire du ministère public.

Ce n'est que pendant la période visée par la deuxième autorisation, lorsque David Au a été pris pour cible par le projet E-Page, que les enquêteurs ont intercepté des appels entre Au et une personne nommée « Ah-Sei », qui a plus tard été identifiée comme étant Chow. Ils ont aussi intercepté des

others referring to “Simon” and “Ah-Sei” in connection with heroin trafficking.

It was in this context that the RCMP unit became aware that “Simon LNU” and “Ah-Sei” were both references to Chow. In the view of the Court of Appeal, the “critical link” in this determination was the unit’s observation of Au meeting Chow at the airport while Au was under physical surveillance. Simon Chow was then, appropriately enough, named as a target in the materials supporting the third authorization.

The evidence thus supports the Crown’s contention that Chow was not a “known” within the meaning of the *Criminal Code*, and *Chesson*, when the first and second authorizations were sought and obtained. In any event, I agree with the Court of Appeal that, even if it were assumed that Chow was then a “known”, there was enough evidence independent of any prior *Charter* breach to justify the third and subsequent authorizations.

The Court of Appeal reviewed that evidence thoroughly. Essentially, Au’s phone conversations to which Chow was not a party were also intercepted pursuant to the second authorization. In two of those phone calls, “Simon” and “Ah-Sei” were said, respectively, to be travelling to Hong Kong, and dealing internationally in heroin. These phone calls alone would have aroused the RCMP’s interest in discovering who “Simon” and “Ah-Sei” were, and resulted inevitably in the physical surveillance of Au. As mentioned earlier, it was this surveillance that led to the inclusion of Chow as a target in the investigation and the interception of his calls pursuant to the sixth and seventh authorizations.

In these circumstances, Chow’s constitutionally protected right to privacy was not violated by the interception of his private communications pursuant to the sixth and seventh authorizations.

Finally on this branch of the matter, Chow urged us in his factum to reconsider *R. v. Commisso*,

conversations entre Au et d’autres personnes qui ont mentionné « Simon » et « Ah-Sei » relativement au trafic d’héroïne.

C’est dans ce contexte que la section de la GRC a appris que les noms « Simon LNU » et « Ah-Sei » désignaient tous les deux Chow. Selon la Cour d’appel, le [TRADUCTION] « lien crucial » qui a permis d’établir ce fait est l’observation, par la section, de Au, qui rencontrait Chow à l’aéroport pendant qu’il faisait l’objet d’une surveillance visuelle. Simon Chow a ensuite été désigné, comme il se doit, comme cible dans les documents à l’appui de la troisième autorisation.

La preuve appuie donc la prétention du ministère public que Chow n’était pas une personne connue selon le *Code criminel* et l’arrêt *Chesson* lorsque la première et la deuxième autorisations ont été demandées et obtenues. Quoi qu’il en soit, je conviens avec la Cour d’appel que, même si on présu-mait que Chow était alors une personne connue, il y avait assez d’éléments de preuve indépendants de toute violation antérieure de la *Charte* pour justifier la troisième autorisation et celles qui ont suivi.

La Cour d’appel a examiné la preuve à fond. Pour l’essentiel, des conversations téléphoniques de Au auxquelles Chow n’a pas participé ont également été interceptées en vertu de la deuxième autorisation. Lors de deux de ces appels, il aurait été mentionné que « Simon » se rendait à Hong Kong et que « Ah-Sei » faisait le trafic d’héroïne à l’échelle internationale. Ces appels auraient à eux seuls incité la GRC à découvrir qui étaient « Simon » et « Ah-Sei » et ils ont automatiquement entraîné la surveillance visuelle de Au. Comme je l’ai déjà dit, c’est par suite de cette surveillance que Chow est devenu une cible visée par l’enquête et que ses appels ont été interceptés en vertu des sixième et septième autorisations.

Dans les circonstances, l’interception des communications privées de Chow en vertu des sixième et septième autorisations n’a pas porté atteinte au droit à la vie privée qui lui est garanti par la Constitution.

Une dernière remarque sur cet aspect de l’affaire; dans son mémoire, Chow nous a demandé

38

39

40

41

42

[1983] 2 S.C.R. 121, where it was held that intercepted communications are admissible to prove an offence that is unrelated to the purpose for which a wiretap authorization was sought and obtained. Counsel did not press this point in oral argument: no reason has been advanced for revisiting *Commisso* at this time.

V

### The Severance Issue

43 Oppal J. rejected Chow's application for a severance and the Court of Appeal, after considering Shoemaker's affidavit and examination, found that Oppal J. had exercised his discretion judicially.

44 The appellant now argues that "a miscarriage of justice has come to pass, in that the [a]ppellant has been denied the right to call evidence that might reasonably have had an effect on the jury's verdict" (appellant's factum, at para. 42). He does not take issue with Oppal J.'s denial of severance; rather, he stakes his claim to a new and separate trial on Shoemaker's examination in the Court of Appeal. Since this evidence was not available to the trial judge, it is argued, no deference is owed to Oppal J.: this Court must consider the issue of severance afresh.

45 The only evidence that was not before Oppal J. when he denied Chow's application was Shoemaker's reference to Binahmad's statement that he was to attend a meeting about "some old weed business" on the day of the payment. Shoemaker's proposed testimony that he had not received any payment for the shooting of Chand was considered by Oppal J. when he declined to grant severance. And this evidence, albeit in another form, was in fact put to the jury: Shoemaker's statement to the police included his allegation that he had never "collected" on the contract killing.

de revoir l'arrêt *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, dans lequel la Cour a conclu que les communications interceptées sont recevables pour prouver une infraction sans lien avec l'objet pour lequel une autorisation d'écoute électronique a été demandée et obtenue. L'avocat n'a pas fait valoir ce point dans les plaidoiries : aucun motif n'a été avancé pour le réexamen de *Commisso*.

V

### La tenue de procès distincts

Le juge Oppal a rejeté la demande de procès distincts de Chow; après avoir examiné l'affidavit et l'interrogatoire de Shoemaker, la Cour d'appel a estimé que le juge Oppal avait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire.

L'appellant soutient maintenant qu'une [TRADUCTION] « erreur judiciaire s'est produite puisqu'[il] a été privé du droit de produire des éléments de preuve qui auraient pu, selon toute prévision raisonnable, influencer sur le verdict du jury » (mémoire de l'appellant, par. 42). Il ne conteste pas la décision du juge Oppal de lui refuser un procès distinct; il revendique plutôt son droit à un procès nouveau et séparé en s'appuyant sur l'interrogatoire de Shoemaker en Cour d'appel. Comme le juge du procès ne disposait pas de cet élément de preuve, il est allégué qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du juge Oppal : la Cour doit reprendre l'examen de la question de la tenue de procès distincts.

Le seul élément de preuve dont ne disposait pas le juge Oppal lorsqu'il a rejeté la demande de Chow était la mention par Shoemaker de la déclaration de Binahmad qu'il devait aller, le jour du paiement, à une rencontre concernant « une vieille affaire d'herbe ». Lorsqu'il a refusé la tenue de procès distincts, le juge Oppal a tenu compte du témoignage que Shoemaker aurait apporté et selon lequel il n'avait pas reçu d'argent pour abattre Chand. Et cet élément de preuve a effectivement été soumis à l'appréciation du jury, quoique sous une autre forme : dans sa déclaration à la police, Shoemaker a dit n'avoir jamais encaissé d'argent pour le meurtre commandé.

The question, then, is whether Chow's inability to compel Shoemaker to testify resulted in a miscarriage of justice, in the sense that the accused was denied his right to make full answer and defence.

It is well established that separate trials for alleged co-conspirators are the exception, not the rule. In *Crawford*, which I mentioned earlier, Sopinka J. referred to the "uniform stream of authority in this country in favour of joint trials" (para. 19). Speaking for eight members of the Court, he set out compelling policy reasons for joint trials for co-conspirators despite the inevitable "double bind" that results:

There exist . . . strong policy reasons for accused persons charged with offences arising out of the same event or series of events to be tried jointly. The policy reasons apply with equal or greater force when each accused blames the other or others, a situation which is graphically labelled a "cut-throat defence". Separate trials in these situations create a risk of inconsistent verdicts. The policy against separate trials is summarized by Elliott, *supra*, at p. 17, as follows:

There is a dilemma here which could only be avoided by separate trials. But separate trials will not be countenanced because, quite apart from the extra cost and delay involved, it is undeniable that the full truth about an incident is much more likely to emerge if every alleged participant gives his account on one occasion. If each alleged participant is tried separately, there are obvious and severe difficulties in arranging for this to happen without granting one of them immunity. In view of this, in all but exceptional cases, joint trials will be resorted to, despite the double bind inevitably involved.

Although the trial judge has a discretion to order separate trials, that discretion must be exercised on the basis of principles of law which include the instruction that severance is not to be ordered unless it is established that a joint trial will work an injustice to the accused. [Emphasis added; paras. 30-31.]

In *Torbiak and Gillis*, the Ontario Court of Appeal likewise noted, at p. 199, the "well established [rule] that . . . where the essence of the case is that the accused were acting in concert, they should

Il s'agit donc de déterminer si l'impossibilité pour Chow de contraindre Shoemaker à témoigner a entraîné une erreur judiciaire, en ce sens que l'accusé a été privé de son droit à une défense pleine et entière.

Il est bien établi que la tenue de procès distincts pour de présumés comploteurs est l'exception et non la règle. Dans *Crawford*, que j'ai mentionné précédemment, le juge Sopinka a parlé du « fort courant jurisprudentiel au pays, qui favorise la tenue de procès conjoints » (par. 19). En son nom et au nom de sept autres juges de la Cour, il a énoncé les raisons de principe impérieuses qui justifient la tenue de procès conjoints malgré l'« impasse » qui en découle :

Il existe [. . .] de solides raisons de principe pour que les personnes accusées d'infractions qui découlent d'un même événement ou d'une même suite d'événements subissent leur procès conjointement. Ces raisons valent autant sinon plus lorsque chacun des coaccusés rejette le blâme sur l'autre, situation qualifiée de « défense traîtresse ». La tenue de procès distincts en pareil cas fait courir le risque de verdicts contradictoires. Elliott, *loc. cit.*, résume, à la p. 17, les principes qui militent contre la tenue de procès distincts :

[TRADUCTION] La situation pose un dilemme qui ne pourrait être évité que par la tenue de procès distincts. Or, des procès distincts ne seront pas préconisés, car outre les frais supplémentaires et les délais qu'ils supposent, il est indéniable que toute la vérité sur un événement est beaucoup plus susceptible d'être dévoilée si chacun des prétendus participants donne sa version des faits à une même occasion. Si ces derniers étaient poursuivis séparément, il serait manifestement très difficile d'obtenir le même résultat sans accorder l'immunité à l'un d'eux. Partant, sauf dans les cas exceptionnels, un procès conjoint aura lieu malgré l'impasse qui en découle nécessairement.

Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts, il doit exercer ce pouvoir en tenant compte de principes juridiques, y compris celui voulant que la tenue de procès distincts ne soit ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. [Je souligne; par. 30-31.]

De même, dans *Torbiak and Gillis*, p. 199, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné la [TRADUCTION] « [règle] bien établie selon laquelle [. . .] lorsque l'essentiel de la preuve porte que les accusés ont agi

46

47

48

be jointly indicted and tried, and an appellate Court will not interfere with the discretion of the trial Judge unless he has failed to exercise it judicially or his decision has caused a miscarriage of justice”.

49 Chow argues that a “miscarriage of justice” has occurred in this case not because the trial judge erred in denying severance, but because evidence unavailable at trial now establishes that severance ought to have been granted. *Torbiak and Gillis* is helpful in this regard as well. The Court of Appeal in that case aptly set out the circumstances in which, exceptionally, severance may be granted in order to allow the applicant to compel a co-accused to testify:

If the evidence of a co-accused sought to be elicited on behalf of another co-accused is such that, when considered in the light of the other evidence, it might reasonably affect the verdict of the jury by creating a reasonable doubt as to the guilt of the latter, then precluding him from having the benefit of that evidence may require a separate trial, notwithstanding the evidence sought to be adduced from the co-accused is merely corroborative of the evidence of the accused who wishes to elicit it. . . . [p. 199]

50 The Crown’s case against Chow, it will be remembered, was that he had knowingly remitted \$7,000 to Binahmad as payment for the killing of Chand by Shoemaker. In this regard, the Crown relied on Binahmad’s evidence and on a body of intercepted conversations in which the participants spoke of their admittedly criminal activities in “code”. Chow testified that critical conversations concerned a “marijuana project”, and not the murder of Chand.

51 The Court of Appeal was not persuaded that Shoemaker’s evidence might reasonably have affected the jury’s verdict. Nor am I. Shoemaker’s proposed evidence, though relevant, is of slight probative value in the context of the case as a whole. The trial judge instructed the jury impeccably on the

de concert, ils devraient être inculpés et jugés conjointement, et une cour d’appel ne saurait intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf si celui-ci n’a pas exercé son pouvoir de manière judiciaire ou si sa décision a entraîné une erreur judiciaire ».

Chow soutient qu’il y a eu « erreur judiciaire » en l’espèce, non pas du fait que le juge du procès a fait erreur en refusant la tenue de procès distincts, mais plutôt parce que des éléments de preuve qui n’étaient pas disponibles au procès établissent maintenant que des procès distincts auraient dû être accordés. L’arrêt *Torbiak and Gillis* est également utile à cet égard. La Cour d’appel y a habilement exposé les circonstances où, exceptionnellement, la tenue de procès distincts peut être accordée afin de permettre au demandeur de contraindre un coaccusé à témoigner :

[TRADUCTION] Si le témoignage d’un coaccusé que l’on cherche à produire pour un autre coaccusé est tel que, compte tenu des autres éléments de preuve, il est raisonnable de présumer qu’il influera sur le verdict du jury en soulevant un doute raisonnable quant à la culpabilité de ce coaccusé, la tenue d’un procès séparé pourrait s’avérer nécessaire pour que celui-ci puisse bénéficier de cet élément de preuve, même si le témoignage que l’on cherche à obtenir du coaccusé ne sert qu’à corroborer celui de l’accusé qui souhaite le produire. . . . [p. 199]

Rappelons que, selon la preuve du ministère public, Chow avait, en toute connaissance de cause, remis 7 000 \$ à Binahmad à titre de paiement pour l’exécution du meurtre de Chand par Shoemaker. Le ministère public s’est appuyé à cet égard sur le témoignage de Binahmad ainsi que sur un ensemble de conversations interceptées au cours desquelles les interlocuteurs parlaient « en code » de leurs activités dont ils reconnaissaient le caractère criminel. Chow a déclaré que les conversations cruciales concernaient une « affaire de marijuana » et non le meurtre de Chand.

La Cour d’appel n’était pas convaincue que le témoignage qu’aurait apporté Shoemaker aurait pu, selon toute prévision raisonnable, influencer sur le verdict du jury. Je n’en suis pas non plus convaincu. Bien que pertinent, il a une faible valeur probante eu égard à l’ensemble de la preuve. Le juge du procès

respective positions of the Crown and the defence, and carefully drew to the jury's attention the evidence relevant to both. Shoemaker's hearsay statement about "some old weed business" would merely have added a small drop in the bucket of the defence without piercing a hole in that of the Crown.

I note in this context that Chow's able and experienced counsel, though this assertion attributed by Shoemaker to Binahmad was then fresh in the mind, did not see fit to even mention it when he argued the case on its merits in the Court of Appeal. I would attribute no more importance to Shoemaker's proffered evidence now than counsel himself did then.

## VI

### Conclusion

For the reasons given, the appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Leask Bahen, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

a donné des directives impeccables au jury quant aux positions respectives du ministère public et de la défense, et il a pris soin d'attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve pertinents de chacune de celles-ci. La déclaration relatée de Shoemaker au sujet d'« une vieille affaire d'herbe » n'aurait pas ajouté grand-chose à la preuve de la défense et n'aurait pas permis d'ébranler celle du ministère public.

Je souligne à cet égard que l'avocat compétent et expérimenté de Chow n'a même pas jugé bon de mentionner cette affirmation attribuée par Shoemaker à Binahmad, alors qu'elle était alors fraîche dans sa mémoire, lorsqu'il a défendu le bien-fondé de l'affaire devant la Cour d'appel. Je n'accorderais pas plus d'importance que l'avocat lui-même au témoignage offert par Shoemaker.

## VI

### Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Leask Bahen, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

52

53