

Norman Lee Mack *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. MACK

File No.: 19747.

1987: December 10; 1988: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

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

Held: The appeal should be allowed.

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

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

Norman Lee Mack *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. MACK

N° du greffe: 19747.

1987: 10 décembre; 1988: 15 décembre.

b

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

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

c

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

e

L'appellant a témoigné à son procès pour trafic de drogues et, au moment de clore sa défense, il a demandé une suspension d'instance pour cause de provocation policière. Son témoignage indique qu'il a refusé systématiquement les offres d'un indicateur de police pendant six mois et qu'il n'a été persuadé de lui vendre des drogues qu'à cause de la persistance de l'indicateur, de ses menaces et de l'offre d'une importante somme d'argent. L'appellant a témoigné qu'il avait déjà consommé des stupéfiants mais qu'il en avait cessé toute consommation. La demande de suspension d'instance a été rejetée et l'appellant déclaré coupable de trafic de drogues. La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette déclaration de culpabilité. Le point central de ce pourvoi porte sur le fondement conceptuel de la doctrine de la provocation policière et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

h

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'exigence qui impose à l'inculpé la charge de prouver la provocation policière suivant la prépondérance des probabilités n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. La culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. Exiger d'un inculpé qu'il ne soulève qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les «cas les plus manifestes». Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé entraverait inutilement l'action de l'État contre le crime. La meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par. 24(2) où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice sera-t-elle déconsidérée?

La défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les «cas les plus manifestes»: cette description est préférable à l'expression «révoltante et indigne». Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes acceptables, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait par définition la collectivité. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée «révolterait» la société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

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

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

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

Cases Cited

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

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

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

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

h Jurisprudence

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

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

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(f), 24(2).
Criminal Code, ss. 7(3), 17, 605(1)(a).
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 137(2).

Authors Cited

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. As adopted at the 1962 annual meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Donnelly, Richard C. "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 France, Simon. "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.
 Park, Roger. "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.
 Rossum, Ralph A. "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.
 United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

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

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

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

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f), 24(2).
Code criminel, art. 7(3), 17, 605(1)a).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 137(2).

Doctrine citée

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. Adopté à l'assemblée annuelle 1962 de l'American Law Institute à Washington, D.C., le 24 mai 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Donnelly, Richard C. "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 France, Simon. «Problems in the Defence of Entrapment» (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.
 Park, Roger. «The Entrapment Controversy» (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.
 Rossum, Ralph A. «The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster» (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.
 United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

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

The Facts

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu
a par

LE JUGE LAMER—

Introduction

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

Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Decisions of the Courts Below

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

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

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

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

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Position of the Parties

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

Appellant

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

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

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

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

La position des parties

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

L'appelant

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

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

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

Respondent

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

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

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

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

f L'intimée

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

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

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

Analysis

I. *The Context*

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

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

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

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

a Analyse

I. *Le contexte*

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

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

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