Gerald Augustine Regan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for New Brunswick *Interveners*

Gerald Augustine Regan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* REGAN

Neutral citation: 2002 SCC 12.

File No.: 27541.

2001: March 15; 2002: February 14.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : R. *c.* REGAN

Référence neutre : 2002 CSC 12.

N^o^ du greffe : 27541.

2001 : 15 mars; 2002 : 14 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Criminal law — Remedies — Abuse of process — Stay of proceedings — Accused charged with sex-related offences — Police identifying accused as suspect before charges laid — Crown engaging in "judge shopping" and conducting pre-charge interviews of complainants — Trial judge staying some of charges — Court of Appeal overturning stay — Whether conduct of Crown and police amounted to abuse of process — Whether partial stay of proceedings warranted — Whether Court of Appeal entitled to interfere with trial judge's decision to grant partial stay.

Droit criminel — Réparations — Abus de procédure — Suspension des procédures — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — La police a révélé l'identité de l'accusé avant que des accusations soient portées — Le ministère public était à la recherche d'un juge accommodant et a mené des entrevues pré-inculpation avec les plaignantes — Le juge du procès a suspendu certaines des accusations — La Cour d'appel a annulé la suspension — La conduite du ministère public et de la police constituait-elle un abus de procédure? — La suspension partielle des procédures était-elle justifiée? — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du juge du procès d'ordonner une suspension partielle?

During the police investigation into allegations that the accused, a former Premier of Nova Scotia, had committed numerous sexual offences against a variety of young women who had worked for or with him, a police officer confirmed to a reporter that the accused was under investigation, in violation of police policy to remain silent about individual suspects until charges are laid. At the conclusion of the investigation, a report was submitted to the Director of Public Prosecutions ("DPP") requesting his opinion about the laying of charges. The DPP recommended that charges should be laid involving four of the eight Nova Scotia-based complainants who

Au cours d'une enquête policière sur des allégations voulant que l'accusé, ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, ait commis de nombreuses infractions sexuelles contre plusieurs jeunes femmes ayant travaillé pour lui ou avec lui, un agent a confirmé à un journaliste la tenue de l'enquête, contrevenant ainsi à la politique de la police interdisant la divulgation de tout renseignement au sujet d'un suspect tant que des accusations n'ont pas été portées. À la fin de l'enquête, la police a remis au directeur des poursuites criminelles (« DPC ») un rapport lui demandant son avis sur les accusations à porter. Le DPC a recommandé que des accusations soient

2002 SCC 12 (CanLII)

were willing to testify. He chose the incidents which involved the most serious physical violations. He also recommended that the police re-contact the six women who had been victims of apparent criminal conduct, but were unwilling to testify. The police did not agree with the DPP's charging recommendation, being of the view that a more complete picture of the allegations against the accused should be put before the court. After the Crown joined police in re-interviewing most of the original complainants, 19 counts for sex-related offences were laid against the accused. One year after the preliminary inquiry, the Crown decided to prefer a direct indictment setting out 18 counts of sex-related offences, including one new charge (count 16).

After the DPP's written recommendation, one of the Crown Attorneys met with police. At that recorded meeting, she suggested that it would not be "advisable" for charges to be brought before a particular judge, because she thought he might be a political appointment of the same party as the accused. Instead, she said she would "keep monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest". Police and Crown also agreed to re-interview a number of the complainants.

Citing the cumulative effect of this Crown behaviour combined with the police premature identification of him as a suspect, the accused sought a stay of all of the charges. At trial, a partial stay — 9 of the 18 counts — was granted. One of the charges stayed was count 16, which was similar in fact to an incident alleged to have occurred in Alberta, and the trial judge was suspicious that the Crown's eagerness to put the Alberta facts before a Nova Scotia court motivated the Crown to lay this new, similar, Nova Scotia-based charge. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the Crown's appeal and set aside the stays of the nine counts.

Held (Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ.: A stay of proceedings will only be granted as a remedy for an abuse of process

portées à l'égard des infractions perpétrées contre quatre des huit plaignantes de Nouvelle-Écosse qui étaient disposées à témoigner. Il a choisi les incidents comportant les atteintes les plus graves à l'intégrité physique. Il a aussi recommandé à la police de communiquer à nouveau avec les six femmes qui avaient été apparemment victimes d'une conduite criminelle, mais qui n'étaient pas disposées à témoigner. La police n'était pas d'accord avec la recommandation du DPC concernant les accusations à porter, estimant qu'il fallait présenter au tribunal un tableau plus complet des allégations formulées contre l'accusé. Après les nouvelles entrevues menées conjointement par la police et par le ministère public auprès de la plupart des plaignantes originales, 19 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel ont été portés contre l'accusé. Un an après l'enquête préliminaire, le ministère public décidait de procéder par voie de mise en accusation directe sous 18 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel, dont une nouvelle accusation (le 16e chef).

À la suite des recommandations écrites du DPC, une procureure de la Couronne a rencontré la police. Lors de cette réunion qui a été enregistrée, elle a laissé entendre qu'il ne serait pas « souhaitable » que les accusations soient portées devant un juge en particulier, puisqu'elle croyait que celui-ci avait été nommé par le parti auquel appartenait l'accusé. Elle a dit avoir plutôt l'intention de « surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt ». La police et la Couronne ont aussi convenu de réinterroger plusieurs plaignantes.

L'accusé a demandé la suspension de toutes les accusations en invoquant l'effet cumulatif de ce comportement du ministère public, combiné à la révélation prématurée par la police des soupçons pesant contre lui. Au procès, une suspension partielle — touchant 9 des 18 chefs d'accusation — lui a été accordée. L'un des chefs suspendus était le 16e, qui portait sur des faits semblables à ceux d'un incident supposément survenu en Alberta; le juge du procès soupçonnait que c'est l'empressement à saisir un tribunal de la Nouvelle-Écosse des faits survenus en Alberta qui avait motivé le ministère public à déposer cette nouvelle accusation, similaire, fondée cette fois sur des faits survenus en Nouvelle-Écosse. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et annulé la suspension des neuf chefs d'accusation.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel : La suspension des procédures ne sera accordée à titre de

2002 SCC 12 (CanLII)

in the "clearest of cases". Regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused, because of an unfair trial, or to the integrity of the justice system, a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are met: (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice. The first criterion is critically important, and reflects the fact that a stay of proceedings is a prospective rather than a retroactive remedy. While most cases of abuse of process will cause prejudice by rendering the trial unfair, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* a small residual category of abusive action exists which does not affect trial fairness, but still undermines the fundamental justice of the system. When dealing with an abuse which falls into the residual category, a stay of proceedings is generally speaking only appropriate when the abuse is likely to continue or be carried forward. Only in exceptional, relatively very rare cases will the past misconduct be so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive. Where uncertainty persists about whether the abuse is sufficient to warrant the drastic remedy of a stay, a third criterion is considered: the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings are balanced against the interest that society has in having a final decision on the merits.

The judge shopping in this case was offensive. Judge shopping is unacceptable both because of its unfairness to the accused, and because it tarnishes the reputation of the justice system. Furthermore, it should not infect the investigative process by involving police in a conspiracy to manipulate the process. The trial judge quite properly was seriously troubled by this evidence. He nevertheless was mindful that this single comment was not acted upon, and did not find it determinative in his ultimate conclusion that the process against the accused had been abusive to the point of necessitating a stay of proceedings.

Wide-ranging pre-charge Crown interviews are not, *per se*, an abuse of process. While the separation of police and Crown roles is a well-established principle of our criminal justice system, different provinces have implemented this principle in various ways. In some Canadian jurisdictions, pre-charge interviews by the Crown are a regular, even common practice. In these jurisdictions at least, it appears that public policy is served by the practice, and potentially harmful and

réparation pour un abus de procédure que dans « les cas les plus manifestes ». Que le préjudice découlant de l'abus soit causé à l'accusé, qui ne bénéficie pas d'un procès équitable, ou porté à l'intégrité du système de justice, l'arrêt des procédures s'avère approprié uniquement lorsque deux critères sont remplis : (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. Le premier critère est d'une importance capitale. Il reflète le caractère prospectif plutôt que rétroactif de la suspension des procédures. Si la plupart des cas d'abus de procédure causent un préjudice en rendant le procès inéquitable, il existe toutefois, en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une petite catégorie résiduelle de conduite abusive qui ne touche pas l'équité du procès, mais qui n'en mine pas moins la justice fondamentale du système. Lorsqu'il s'agit d'un abus qui appartient à la catégorie résiduelle, la suspension des procédures ne constitue généralement une réparation appropriée que lorsque l'abus risque de se poursuivre ou de se produire subséquemment. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, relativement très rares, que la conduite passée reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant. S'il subsiste un degré d'incertitude quant à savoir si l'abus est suffisamment grave pour justifier la réparation draconienne que constitue la suspension, on applique un troisième critère : on met en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond.

La recherche d'un juge accommodant était outrageante en l'espèce. La recherche d'un juge accommodant est une pratique inacceptable à la fois parce qu'elle est injuste envers l'accusé et parce qu'elle ternit la réputation du système judiciaire. De plus, cette pratique ne devrait pas contaminer le processus d'enquête en mêlant la police à un complot visant à manipuler le processus judiciaire. Le juge du procès était, à bon droit, gravement préoccupé par cette preuve. Il a toutefois tenu compte du fait que ce simple commentaire n'avait pas eu de suite, et il ne l'a pas jugé déterminant dans sa conclusion finale que le processus engagé contre l'accusé avait été abusif au point de justifier une suspension des procédures.

Les entrevues de portée étendue effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations ne constituent pas en elles-mêmes un abus de procédure. Bien que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public soit un principe bien établi dans notre système de justice pénale, les provinces appliquent ce principe de différentes façons. Dans certains ressorts canadiens, le recours à des entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public est une pratique

2002 SCC 12 (CanLII)

arbitrary results are avoided by the refusal to draw a hard line at the decision to lay charges, before which Crown counsel may not interview complainants. The pre-charge interviews in this case were done in accordance with the common practice of some other provinces, a practice more wide-ranging than the narrow, exceptional to rare practice the trial judge described. Furthermore, the Crown conducted an understandable review of the potential witnesses, in the wake of an early recommendation by the DPP that was not determinative. Given the uncertainty of the charges at that point, it could not be known whether the re-interviews led to more charges than would otherwise have been laid.

The trial judge was correct in his finding that the police error in releasing the accused's name as a suspect well in advance of any charges does not rise to the level of egregious abuse. While the police policy that the identity of suspects may be released only after charges have been laid is laudable, and a breach of it should not be condoned, other evidence on the record indicates that after this one misstep, the police exercised greater caution in preventing further information leaks until the process was truly public. Moreover, the prejudice experienced by the accused as a result of this early leak — humiliation and stress — cannot be attributed to this police error alone. The serious remedy of a stay of proceedings is not an appropriate method to denounce or punish past police conduct of this nature.

The trial judge erred in finding an abusive or improper purpose behind the laying of count 16. The trial judge's erroneous finding of a loss of Crown objectivity influenced this holding. If the trial judge had not started from the premise that the Crown had lost its objectivity, there would have been no justification for the trial judge to find the similarity between count 16 and the Alberta incident as the primary motivation for count 16, virtually ignoring the reasonable and probable grounds for laying count 16 in its own right.

There was no abuse of process in this case. The cumulative effect of the judge shopping, pre-charge

régulière, voire courante. Dans ces ressorts, à tout le moins, cette pratique semble bien servir l'ordre public, et il est possible d'éviter des résultats potentiellement nuisibles et arbitraires en refusant de tirer une ligne de démarcation très nette correspondant à la décision de porter des accusations, avant laquelle le procureur de la Couronne ne peut interroger les plaignants. En l'espèce, les entrevues effectuées avant le dépôt des accusations se sont déroulées conformément à la pratique courante dans certaines autres provinces, pratique de portée plus étendue que la pratique étroite, exceptionnelle et rare que le juge du procès a décrite. De plus, le ministère public a procédé à une évaluation, facile à comprendre, des témoins potentiels, à la suite d'une recommandation antérieure du DPC qui n'était pas déterminante. Comme les accusations n'étaient pas arrêtées de façon certaine à ce moment, il était impossible de savoir si les nouvelles entrevues ont entraîné le dépôt d'un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été portées autrement.

Le juge du procès a conclu à bon droit que l'erreur, commise par la police lorsqu'elle a communiqué le nom de l'accusé comme suspect bien avant le dépôt de toute accusation, n'atteignait pas le niveau d'un abus flagrant. La politique de la police consistant à n'autoriser la divulgation de l'identité des suspects qu'après le dépôt des accusations, est assurément louable et on ne doit pas chercher à en excuser la violation. Toutefois, d'autres éléments de preuve versés au dossier montrent qu'après cet impair, la police a agi avec plus de circonspection afin de prévenir d'autres fuites jusqu'au moment où le processus est vraiment devenu public. De plus, le préjudice subi par l'appelant par suite de cette fuite prématurée — l'humiliation et le stress — ne peut être attribué exclusivement à cette erreur de la police. La grave réparation que constitue la suspension des procédures n'est pas une méthode appropriée pour dénoncer ou punir une conduite passée de cette nature de la part de la police.

Le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'une fin abusive ou répréhensible avait motivé le dépôt du 16e chef d'accusation. Sa conclusion quant à la perte d'objectivité du ministère public a influencé cette décision. S'il n'avait pas retenu comme prémisse que le ministère public avait perdu son objectivité, le juge du procès n'aurait eu aucun motif pour conclure que la similarité entre le 16e chef d'accusation et l'incident albertain représentait la raison principale du dépôt du 16e chef d'accusation, tout en ignorant à toutes fins pratiques les motifs raisonnables et probables qui justifiaient de déposer le 16e chef.

Il n'y a pas eu abus de procédure en l'espèce. L'effet cumulatif de la recherche d'un juge accommodant, des

2002 SCC 12 (CanLII)

Crown interviews, the improper police announcement, and the addition of count 16 in the direct indictment, while troubling in some respects, does not rise to the level of abuse of process which is egregious, vexatious, oppressive or which would offend the community's sense of decency and fair play. Moreover, this conduct, even if it did amount to an abuse, did not have an ongoing effect on the accused which would jeopardize the fairness of his trial.

The trial judge fell into error when he ordered the ultimate remedy of a partial stay of a number of charges. The trial judge misconceived the governing test for a stay of proceedings. Instead of inquiring into whether the abuse would be manifested, perpetuated or aggravated by ongoing proceedings, and then inquiring into whether any remedy other than a stay could cure this ongoing taint, the trial judge focussed his attention only on the final balancing exercise. The abuse found by the trial judge should be and was addressed by remedies other than a stay. Moreover, even if the trial judge had found an ongoing abuse which could only be remedied by a stay, the cumulative effect of the abuse still left some question about whether this was one of those clearest of cases warranting a stay. In his balancing analysis, the trial judge omitted some significant issues relevant to the public interest. Victims of sexual assault must be encouraged to trust the system and bring allegations to light. As the police saw it, there is evidence of a pattern of an assailant sexually attacking young girls and women who were in a subordinate power relationship with the accused, in some cases bordering on a relationship of trust. When viewed in this light, the charges are very serious and society has a strong interest in having the matter adjudicated, in order to convey the message that if such assaults are committed they will not be tolerated, and that young women must be protected from such abuse. In omitting to consider any of these issues which favour proceeding with charges, the trial judge's discretion was not fully exercised and therefore cannot stand.

The decision to grant a stay is a discretionary one, which should not be lightly interfered with. However, where the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts, the decision based on these facts may be reversed. Here, the trial judge made palpable and overriding factual errors which set his assessment of the facts askew. He was in error when he ruled that "pre-charge Crown interviewing in this country is . . . non-existent to rare". As well,

entrevues effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations, de la divulgation irrégulière de la police et de l'ajout du 16e chef d'accusation lors de la mise en accusation directe, bien que préoccupant à certains égards, n'atteint pas le niveau d'un abus de procédure flagrant, oppressif et vexatoire ou qui heurterait le sens de l'équité et du franc-jeu de la société. De plus, même si elle constituait un abus, cette conduite n'a pas eu, sur l'accusé, d'effet persistant qui compromettrait l'équité du procès.

Le juge du procès a commis une erreur en accordant la réparation ultime que constitue la suspension partielle de plusieurs accusations. Le juge du procès a mal interprété le critère régissant les abus de procédure. Plutôt que de se demander si l'abus serait révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite des procédures, puis si une autre réparation que la suspension pouvait faire disparaître ce préjudice persistant, le juge du procès a concentré son attention uniquement sur l'opération finale de mise en équilibre des intérêts. L'abus décelé par le juge du procès pouvait être corrigé par des réparations autres que la suspension des procédures, et c'est ce qui a été fait. De plus, même si le juge du procès avait conclu à l'existence d'un abus persistant qui ne pourrait être corrigé que par une suspension des procédures, l'examen de l'effet cumulatif de l'abus laissait encore en suspens la question de savoir s'il s'agissait bien d'un des cas les plus manifestes justifiant une suspension. Dans la mise en balance, le juge du procès a omis certains facteurs pertinents à l'égard de l'intérêt public. Les victimes d'agression sexuelle doivent être encouragées à faire confiance au système et à porter plainte. La police a décelé dans la preuve la tendance d'un agresseur sexuel à s'attaquer à de jeunes filles et à de jeunes femmes qui se trouvaient dans une position de subordination face à l'accusé, voire, dans certains cas, à la limite d'une relation de confiance. Vues sous cet angle, les accusations sont très graves et la société a un intérêt pressant à ce que ces accusations soient jugées, pour indiquer clairement que de telles agressions ne seront pas tolérées et que les jeunes femmes doivent être protégées de tels abus. En omettant de considérer ces facteurs qui militent en faveur de la continuation des poursuites, le juge du procès n'a pas exercé pleinement son pouvoir discrétionnaire et, partant, sa décision doit être infirmée.

La décision d'accorder une suspension des procédures est une décision de nature discrétionnaire qui ne peut être modifiée à la légère. Toutefois, lorsque le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits, la décision fondée sur ces faits peut être modifiée. En l'espèce, le juge du procès a commis des erreurs factuelles manifestes et dominantes qui ont faussé son appréciation des faits. Il était dans l'erreur quand il a constaté que « la pratique

2002 SCC 12 (CanLII)

the trial judge implied that the loss of Crown objectivity was abusive because it meant that the accused ultimately faced more charges, but no evidence can be found to support this deduction. The trial judge also misdirected himself regarding the law for granting a stay by overlooking key elements of the analysis, thereby committing an error which was properly reversed by the Court of Appeal.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. (dissenting): The trial judge found as a fact that there was no independent and objective review by the Crown prosecutors in this case. The absence of the usual and proper checks and balances would, he thought, shock the conscience of the community. He cited a number of concerns that reflected this institutional failure, but his listing of the symptoms should not be mistaken for his important and central finding of fact that the accused had been denied his constitutional right to a fair pre-trial procedure. No reason has been shown to set aside this critical finding of fact. The conclusion that well-informed people may reasonably take from the continued prosecution of what the former Director of Public Prosecutions described as "minor" allegations 24 to 34 years after the events are said to have taken place is that the accused is being pursued not so much for what he has done as for who he is. Such a perception undermines public confidence in the impartiality and integrity of the criminal justice system.

The courts are very slow to second-guess the exercise of prosecutorial discretion and do so only in narrow circumstances, but these extensive discretionary powers must be exercised with objectivity and dispassion. Here, the failure of the proper and usual institutional checks and balances prevented the objective review of charges laid by the police that, because of their staleness, relatively minor nature (compared with those that did go to trial) and the potentially light sentences even if convicted, would likely have been stopped if an objective review had taken place.

The preferral of a direct indictment by the Attorney General did not "cleanse" the prior errors of judgment of the Crown attorneys. It was motivated by an understandable desire to bring to an end a preliminary inquiry that had lasted almost a year, and cannot be taken as having belatedly supplied the objective and dispassionate review

des entrevues pré-inculpation par le ministère public dans notre pays [. . .] est inexistante ou rare ». De même, le juge du procès a laissé entendre que la perte d'objectivité du ministère public était abusive parce qu'elle faisait en sorte que l'appelant a finalement dû répondre à un plus grand nombre d'accusations, alors qu'aucun élément de preuve n'appuyait cette déduction. Le juge du procès s'est aussi fondé sur des considérations erronées en droit pour suspendre les procédures en omettant de tenir compte d'éléments clés de l'analyse, commettant ainsi une erreur que la Cour d'appel a corrigée à bon droit.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour (dissidents) : Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les procureurs de la Couronne n'ont procédé à aucun examen indépendant et objectif en l'espèce. L'absence des freins et contrepoids adéquats habituels risquait, selon lui, de choquer la conscience de la collectivité. Il a cité un certain nombre de sujets de préoccupation reflétant ce manquement institutionnel, mais il faut éviter de confondre cette énumération des symptômes avec la conclusion de fait importante et centrale qu'il a tirée, à savoir que l'accusé a été privé de son droit constitutionnel à une procédure préliminaire équitable. Rien ne permet d'infirmer cette conclusion de fait cruciale. Des personnes bien informées pourraient raisonnablement conclure, du maintien de la poursuite à l'égard de ce que l'ancien directeur des poursuites criminelles a décrit comme des allégations « mineures » formulées de 24 à 34 ans après le moment où les événements se seraient produits, que l'accusé est poursuivi non pas tant pour ce qu'il a fait que pour ce qu'il est. Une telle perception mine la confiance du public dans l'impartialité et l'intégrité du système de justice pénale.

Les tribunaux hésitent longtemps à remettre en question l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, et ne le font que dans des circonstances très limitées, mais ces vastes pouvoirs discrétionnaires doivent être exercés avec objectivité et impartialité. En l'espèce, l'absence des freins et contrepoids institutionnels habituels a empêché l'examen objectif des accusations portées par la police qui, en raison de leur caducité, de leur nature relativement mineure (en comparaison de celles qui ont fait l'objet d'un procès) et des peines potentiellement légères qu'elles étaient susceptibles d'entraîner en cas de déclaration de culpabilité, auraient probablement été retirées si elles avaient été soumises à un examen objectif.

La mise en accusation directe par le procureur général n'a pas corrigé les erreurs de jugement antérieures des procureurs de la Couronne. Cette procédure était motivée par le désir compréhensible de mettre fin à une enquête préliminaire qui avait duré presque un an, et on ne saurait considérer qu'elle a suppléé tardivement à l'examen

2002 SCC 12 (CanLII)

of the original charging decision that, in the trial judge's view, had never taken place. A stay of proceedings was appropriate in this case. The absence of the proper checks and balances between police and prosecutor led to an increase in the number of charges laid against the accused. The trial judge concluded that the Crown's loss of objectivity and improper motive will be "manifested, perpetuated or aggravated" through the continued prosecution of the charges to which these abuses of process gave rise. If the trial itself would not have occurred but for the abusive conduct, then the trial itself necessarily perpetuates the abuse. The only way to halt this continued prejudice to the accused is a stay of proceedings.

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, [2000] 2 S.C.R. 443, 2000 SCC 46; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Curragh Inc., [1997] 1 S.C.R. 537; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224; *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Canada (Minister of Citizenship and*

objectif et impartial de la décision initiale de porter des accusations qui, de l'avis du juge du procès, n'a jamais eu lieu. Une suspension des procédures était appropriée en l'espèce. L'absence de freins et contrepoids adéquats entre la police et le ministère public a entraîné une augmentation du nombre d'accusations portées contre l'accusé. Le juge du procès a conclu que la perte d'objectivité et le motif illégitime du ministère public seraient « révélés, perpétués ou aggravés » par la continuation de la poursuite relativement aux accusations auxquelles ces abus de procédure ont donné lieu. Le procès qui n'aurait pas été engagé sans la conduite abusive perpétue nécessairement lui-même l'abus. La seule façon d'arrêter le préjudice persistant causé à l'accusé est d'ordonner la suspension des procédures.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443, 2000 CSC 46; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Curragh Inc., [1997] 1 R.C.S. 537; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224; *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Canada (Ministre de la Citoyenneté*

2002 SCC 12 (CanLII)

Immigration) v. Tobiass, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 577 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 115].
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 138(2).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990.
Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1988.
Nova Scotia. Department of the Attorney General. *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service: A Review and Evaluation*. By Joseph A. Ghiz and Bruce P. Archibald. Halifax: The Department, 1994.
Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.
Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report*, vol. 2. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.
Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.
Québec. Ministère de la Justice. *Crimes à caractère sexuel: Guide du poursuivant.* Québec: Direction générale des poursuites publiques, 2000.
Québec. Ministère de la Justice. *Manuel de directives aux substituts du procureur général.* Québec: Direction générale des affaires criminelles et pénales, 1988 (rév. 21 janvier 1997).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1999), 179 N.S.R. (2d) 45, 137 C.C.C. (3d) 449, 28 C.R. (5th) 1, [1999] N.S.J. No. 293 (QL), allowing the Crown's appeal from a decision of the Nova Scotia Supreme Court (1998), 21 C.R. (5th) 366, 58 C.R.R. (2d) 283, [1998] N.S.J.

et de l'Immigration) c. Tobiass, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 577 [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 115; mod. ch. 1 (4e suppl.), art. 18, ann. I, no 15].
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 138(2).

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : Association du Barreau canadien, 1988.
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : La Commission, 1990.
Nova Scotia. Department of the Attorney General. *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service : A Review and Evaluation.* By Joseph A. Ghiz and Bruce P. Archibald. Halifax : The Department, 1994.
Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989.
Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport*, t. 2. Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.
Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.
Paciocco, David M. « The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases : Abusing the Abuse of Process Concept » (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.
Québec. Ministère de la Justice. *Crimes à caractère sexuel : Guide du poursuivant.* Québec : Direction générale des poursuites publiques, 2000.
Québec. Ministère de la Justice. *Manuel de directives aux substituts du procureur général.* Québec : Direction générale des affaires criminelles et pénales, 1988 (rév. 21 janvier 1997).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1999), 179 N.S.R. (2d) 45, 137 C.C.C. (3d) 449, 28 C.R. (5th) 1, [1999] N.S.J. No. 293 (QL) accueillant l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1998), 21 C.R. (5th) 366,

2002 SCC 12 (CanLII)

No. 128 (QL). Appeal dismissed, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting.

Edward L. Greenspan, *Q.C.*, and *Marie Henein*, for the appellant.

Robert Morrison, *Q.C.*, and *Heather Leonoff*, *Q.C.*, for the respondent.

Robert J. Frater and *Silvie Kovacevich*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Mario Tremblay, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John J. Walsh, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

This case brought before the Court allegations of prosecutorial misdeeds, allegations of sexual interference and the harsh light of publicity surrounding the man at the centre, Nova Scotia's former Premier, Gerald Regan. The appellant Regan was ultimately charged with 18 counts of rape, attempted rape, indecent assault and unlawful confinement involving 13 women. He has already faced trial on eight of these counts, involving three women, for which he was acquitted. At the time of this hearing, one charge involving a fourth woman was still awaiting trial. The remaining charges were stayed by the trial judge because of Regan's claim that the Crown prosecutor was out to get him. The Court of Appeal overturned the stay. The Crown, itself, has since stayed two of the charges, and seven counts of sexual assault against Regan are currently pending.

58 C.R.R. (2d) 283, [1998] N.S.J. No. 128 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents.

Edward L. Greenspan, *c.r.*, et *Marie Henein*, pour l'appelant.

Robert Morrison, *c.r.*, et *Heather Leonoff*, *c.r.*, pour l'intimée.

Robert J. Frater et *Silvie Kovacevich*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Mario Tremblay, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John J. Walsh, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

1 Le présent pourvoi a porté devant notre Cour des allégations de conduite répréhensible de la poursuite, des accusations de contacts sexuels et l'éclairage intense de la publicité entourant l'homme qui est au centre de l'affaire, l'ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, Gerald Regan. L'appelant Regan a finalement été inculpé de 18 chefs de viol, tentative de viol, attentat à la pudeur et séquestration illégale concernant 13 femmes. Il a déjà subi son procès et il a été acquitté relativement à huit de ces chefs d'accusation, concernant trois femmes. Au moment de l'audience tenue par notre Cour, il attendait la tenue de son procès relativement à un chef d'accusation concernant une quatrième plaignante. Le juge du procès a ordonné la suspension de la poursuite relativement aux autres accusations. Il retenait ainsi la prétention de M. Regan qui soutenait que le procureur de la Couronne cherchait à le faire condamner à tout prix. La Cour d'appel a infirmé la suspension des procédures. Le ministère public a lui-même retiré depuis deux accusations et sept chefs d'agression sexuelle pèsent encore contre M. Regan.

2002 SCC 12 (CanLII)

2 The issue before this Court is whether the Crown and the police did indeed overstep their authority in the proceedings of this case, and if so, whether that abuse of the criminal justice process was so egregious as to warrant a stay of the proceedings. The ultimate question, as far as the appellant Regan is concerned, is whether or not he must return to trial to face the remaining charges of sex-related offences. Thus, the decision to uphold a stay of proceedings is a very serious one, which prevents, forever, the possibility of bringing charges of criminal behaviour before a judge and jury. In this case, the evidence does not disclose any serious abuse of process, or taint of the justice system, that would warrant such a drastic measure. I would dismiss Regan's appeal.

II. Facts

A. *Overview*

3 On March 15, 1995, Gerald Regan, by that time a former Premier of Nova Scotia, was charged with a long list of sexual offences, against a variety of women who had worked for or with him, dating back to the 1950s. The stories of alleged abuse had taken a long and winding path before finally surfacing. First, a CBC journalist spoke to a number of women who told of abusive acts they had allegedly suffered at the hands of the appellant. But that journalist did not broadcast the story. Several years later, while doing some research of his own, an avowed political foe of the appellant uncovered the information from the aborted news report. This informant took the stories to the police in July of 1993, and in September, an RCMP task force launched an investigation. During the investigation, a police officer responded to a reporter's request to confirm or deny that the appellant was under investigation. The police confirmed — a public admission which was in violation of police policy to remain silent about individual suspects until charges are laid. More than 300 interviews later, and 18 months after the story first

La question portée devant nous consiste à déterminer si le ministère public et la police ont effectivement outrepassé leurs pouvoirs dans la présente instance et si, le cas échéant, la gravité de cet abus du processus de justice pénale justifiait la suspension des procédures. En définitive, en ce qui concerne l'appelant Regan, il faut décider s'il lui faudra subir encore un procès au sujet des accusations à caractère sexuel qui restent en suspens. La décision de confirmer une suspension des procédures s'avère donc lourde de conséquences, puisqu'elle écarte à jamais la possibilité de porter des accusations de conduite criminelle devant un juge et un jury. En l'espèce, la preuve ne révèle aucun abus de procédure grave ni aucun vice du système de justice qui justifierait une mesure aussi radicale. Je suis ainsi d'avis de rejeter le pourvoi de M. Regan.

II. Les faits

A. *Survol*

Le 15 mars 1995, Gerald Regan, ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, a été inculpé d'une longue liste d'infractions sexuelles qui auraient été perpétrées contre plusieurs femmes ayant travaillé pour lui ou avec lui et qui remonteraient aux années cinquante. Ces allégations d'agression avaient suivi un long et sinueux parcours, avant de faire finalement surface. D'abord, un journaliste de la CBC avait interviewé plusieurs femmes qui lui auraient affirmé avoir été victimes d'agressions de la part de l'appelant. Le journaliste n'avait toutefois pas diffusé cette nouvelle. Quelques années plus tard, à l'occasion de recherches personnelles, un adversaire politique déclaré de l'appelant découvrit l'information recueillie dans le cadre du reportage non diffusé. Ce dénonciateur fit part de ces informations à la police en juillet 1993 et, en septembre, un groupe d'agents de la GRC entama une enquête. Au cours de cette enquête, un agent de police répondit à la question d'un journaliste qui lui demandait de confirmer ou de nier l'existence d'une enquête sur l'appelant. L'agent de police confirma la tenue d'une telle enquête — cette confirmation publique contrevenait à la politique de la police qui

2002 SCC 12 (CanLII)

broke about the Regan investigation, charges were laid.

B. *The Charges*

The decision to lay charges also has a convoluted history. At the conclusion of the police investigation, a report dated March 30, 1994 was submitted to the province's then Director of Public Prosecutions ("DPP"), John Pearson, with a request for his opinion about the laying of charges. The report identified 22 women complainants. Among them were six women who had been Regan's babysitters, one who had been his housekeeper, a political intern, a legislative page, a secretary, and a political reporter. The women were all young at the time of the alleged assaults, ranging in age from 14 to 24 years. One woman alleged she was raped when she was 14, two others alleged attempted rape. The other incidents involved sexual touching, exposure and kissing. The police report categorized the charges this way:

– three complainants who "may have been victims of sexual impropriety", but in the opinion of the police were not victims of criminal acts (although the acts showed a "*modus operandi*");

– six complainants who the police believed were victims of criminal offences, but who were "not willing to testify in a court of law";

– four complainants who were considered victims of criminal offences, but who did not want to testify as complainants, and were only willing to "co-operate by providing similar fact evidence at trial";

– and nine complainants of criminal acts who were willing to testify as complainants. Of these nine,

interdisait la divulgation de tout renseignement au sujet d'un suspect tant que des accusations n'ont pas été portées. Après plus de 300 entrevues et un délai de 18 mois depuis la divulgation publique de la tenue d'une enquête sur M. Regan, des accusations furent portées.

B. *Les chefs d'accusation*

La série d'événements qui mena à la décision de porter des accusations est elle aussi complexe. À la fin de l'enquête policière, la police remit à John Pearson, le directeur des poursuites criminelles (« DPC ») de la province alors en poste, un rapport daté du 30 mars 1994 et lui demanda son avis sur les accusations à porter. Le rapport identifiait 22 plaignantes, dont six anciennes gardiennes d'enfants et une ancienne ménagère de M. Regan, une stagiaire politique, une page à l'assemblée législative, une secrétaire et une journaliste politique. Toutes ces femmes étaient jeunes au moment des agressions reprochées, leur âge variant de 14 à 24 ans. Une plaignante prétendait avoir été violée à l'âge de 14 ans et deux autres affirmaient avoir été victimes de tentatives de viol. Les autres incidents portaient sur des contacts sexuels, des actes d'exhibitionnisme et des baisers. Le rapport de police classifiait ainsi les accusations :

– trois plaignantes [TRADUCTION] « pouvant avoir été victimes d'inconvenance sexuelle » mais qui, selon la police, n'ont pas été victimes d'actes criminels (même si ces actes révélaient un *modus operandi*);

– six plaignantes que la police considérait comme des victimes d'actes criminels, mais qui n'étaient [TRADUCTION] « pas disposées à témoigner devant une cour de justice »;

– quatre plaignantes qui étaient considérées comme des victimes d'actes criminels, mais qui ne voulaient pas témoigner à titre de plaignantes et qui n'étaient disposées qu'à [TRADUCTION] « coopérer en fournissant une preuve de faits similaires au procès »;

– neuf victimes d'actes criminels qui étaient disposées à témoigner à titre de plaignantes. L'une

2002 SCC 12 (CanLII)

one of them alleged the attack had occurred in Calgary, Alberta.

5 DPP Pearson responded to police by letter dated June 28, 1994, that he and two other prosecutors had reviewed the file. One of those was Susan Potts, then Senior Crown Attorney in charge of sexual assault prosecutions. Pearson recommended that charges should be laid involving four of the eight Nova Scotia-based complainants who were willing to testify. He chose the incidents which involved the most serious physical violations, including rape, attempted rape, and the one case where it was alleged the appellant had exposed his penis.

6 In the other four local cases of willing complainants, DPP Pearson recommended that the police not proceed with charges. These cases involved many similar accounts of the appellant trying to grope and "French kiss" the victim. DPP Pearson explained that although these acts would have been against the law at the time, "the allegations are minor in nature, especially when placed in the context of societal values at the time", and the "staleness" of the offences outweighed their "gravity". He thought that the minor charges could be sanctioned by proceeding against the more major ones, and he feared that otherwise the prosecution might appear to be a "persecution".

7 In addition, DPP Pearson advised that "the case against Regan would be significantly enhanced if some of the more recent incidents were proceeded with". He recommended that the police re-contact the six women who had been victims of apparent criminal conduct, but were unwilling to testify. He made no recommendation about the complainants who had apparently been victims of criminal behaviour, but were only willing to give similar fact evidence. Finally, DPP Pearson recommended that the police contact Alberta authorities with regard to the Calgary-based incident. He advised the police that "you are not obliged to accept our opinion and

d'elles prétendait avoir été agressée à Calgary (Alberta).

Dans une lettre datée du 28 juin 1994, le DPC Pearson répondit à la police qu'il avait examiné le dossier avec deux autres procureurs, dont Susan Potts, alors procureure principale de la Couronne et responsable des poursuites pour agression sexuelle. M^e^ Pearson recommanda que des accusations soient portées à l'égard des infractions perpétrées contre quatre des huit plaignantes de Nouvelle-Écosse qui étaient disposées à témoigner. Il choisit les incidents comportant les atteintes les plus graves à l'intégrité physique, notamment les cas de viol et de tentative de viol, ainsi qu'un incident où l'appelant aurait exhibé son pénis.

Quant aux quatre autres incidents locaux, où les plaignantes étaient disposées à coopérer, le DPC Pearson recommanda à la police de ne pas porter d'accusations. Ces affaires comportaient beaucoup de récits semblables selon lesquels l'appelant aurait tenté de caresser et d'embrasser lascivement la victime. Selon l'explication du DPC Pearson, bien que ces agissements aient contrevenu à la loi de l'époque, [TRADUCTION] « il s'agit d'allégations mineures, tout spécialement lorsqu'on les replace dans le contexte des valeurs sociales de l'époque », et la « caducité » des infractions surpassait leur « gravité ». Selon lui, les accusations moins graves pouvaient être sanctionnées par la poursuite des accusations les plus graves; il craignait qu'en agissant autrement, la poursuite de ces chefs n'apparaisse comme de la « persécution ».

Le DPC Pearson faisait aussi valoir que [TRADUCTION] « la poursuite contre M. Regan serait beaucoup renforcée si des procédures étaient engagées relativement à certains incidents plus récents ». Il recommandait à la police de communiquer à nouveau avec les six femmes qui avaient été apparemment victimes d'une conduite criminelle, mais qui n'étaient pas disposées à témoigner. Il ne fit aucune recommandation au sujet des plaignantes apparemment victimes d'un comportement criminel, mais qui n'étaient disposées qu'à fournir une preuve de faits similaires. Le DPC Pearson suggérait enfin à la police

2002 SCC 12 (CanLII)

that the final charging decision rests with you. We are also cognizant of the duties and responsibilities of Crown Counsel to consider whether or not it is appropriate to proceed with charges once they have been laid." He suggested that police investigators "meet with [Crown counsel] Susan Potts to finalize the wording of any charge [the police] decide to proceed with".

d'entrer en communication avec les autorités albertaines au sujet de l'incident qui se serait produit à Calgary. Il fit la remarque suivante à l'intention de la police : [TRADUCTION] « vous n'êtes pas tenus d'accepter notre avis et la décision finale quant aux accusations à porter vous appartient. Nous sommes aussi conscients des fonctions et responsabilités qui incombent au procureur de la Couronne de déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites relativement aux accusations une fois qu'elles ont été déposées. » Il conseillait aux enquêteurs de la police de [TRADUCTION] « rencontrer [la procureure de la Couronne] Susan Potts afin d'arrêter le libellé de toute accusation que [la police] déciderait de porter ».

The police did not agree with DPP Pearson's charging recommendation. They were of the view that a more complete picture of the allegations against the appellant should be put before the court. Chief Superintendent Falkingham testified:

8 La police n'était pas d'accord avec la recommandation du DPC Pearson au sujet des accusations à porter. Les autorités policières estimaient qu'il fallait présenter au tribunal un tableau plus complet des allégations formulées contre l'appelant. Le surintendant principal Falkingham a témoigné en ce sens :

. . . over the several years I saw a pattern and an MO that Mr. Regan sexually assaulted, in my view, a number of young teenagers. . . . The MO was with babysitters, the MO was with — when he had an opportunity to be alone with a young girl, and I felt that that was all building into a large picture which indicated to me that there was a continuing criminal offence in my mind, together — as a global investigation.

[TRADUCTION] . . . sur une période de plusieurs années, j'ai décelé une tendance et un *modus operandi*, en ce sens que M. Regan a agressé sexuellement, à mon avis, plusieurs jeunes adolescentes [. . .] Le *modus operandi* était avec les gardiennes, le *modus operandi* était avec — lorsqu'il se trouvait seul avec une jeune fille, et j'avais l'impression que ces éléments composaient un grand tableau qui me faisait croire à l'existence d'une infraction continue, avec — comme une enquête globale

. . .

My view is the matter of charges had to involve the large number of complainants and as a result of them — the continued offences over the years. . . .

. . .

À mon avis, l'objet des accusations devait englober le grand nombre de plaignantes et, partant — les infractions qui se sont poursuivies au cours des ans . . .

After the Crown joined police in re-interviewing most of the original complainants, 16 counts for sex-related offences, involving 11 women, were laid against the appellant on March 15, 1995. On May 30, 1995, a revised information was sworn, which added two new complainants and three new counts, for a total of 19 counts related to 13 women.

9 Après les nouvelles entrevues menées conjointement par la police et par le ministère public avec la plupart des plaignantes originales, 16 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel à l'endroit de 11 femmes furent portés contre l'appelant le 15 mars 1995. Le 30 mai 1995, une dénonciation révisée fut déposée pour ajouter deux nouvelles plaignantes et trois nouveaux chefs d'accusation, pour un total de 19 chefs d'accusation relatifs à 13 femmes.

2002 SCC 12 (CanLII)

10 The matter proceeded to a preliminary hearing in April 1996. One year later, the Crown decided to prefer a direct indictment. In that final charging decision, one complainant was dropped, a new one was added (count 16), and the charges concerning a third were amended to drop one count, bringing the final tally to 18 counts of sex-related offences, involving 13 women, laid against the appellant.

C. *Crown Conduct*

11 After DPP Pearson's written recommendations, Crown Potts met with police on July 15, 1994. At that recorded meeting, Crown Potts suggested that it would not be "advisable" that charges be brought before a particular judge, because she thought he would have political ties to the appellant. Instead, she said she would "keep monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest" — an exercise commonly known as "judge shopping".

12 At the same meeting, Potts requested to read all the investigation reports, because "this would give her a clear picture of what was actually going on". Notes of a meeting on January 17, 1995, attended by the RCMP Chief Superintendent on the case, confirmed that Potts had by then re-read "the evidence and the victims' statements". Police and Crown then agreed that six complainants reluctant to testify "have to be re-interviewed". In the end, police and Crown counsel together re-interviewed many of the original 22 complainants, as well as five new women who came forward after the Pearson letter.

13 The purpose of the re-interviews was "[f]irstly and primarily, to provide information about the Court process to potential complainants so that they could make an informed decision as to their involvement in these proceedings; and secondly,

L'enquête préliminaire commença en avril 1996. Un an plus tard, le ministère public décidait de procéder par voie de mise en accusation directe. À l'occasion de la décision finale concernant l'inculpation, une plaignante fut abandonnée, une autre fut ajoutée (le 16e chef) et les accusations concernant une troisième furent modifiées pour en retirer un chef, pour un total final de 18 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel que l'appelant aurait commises à l'endroit de 13 femmes.

C. *La conduite du ministère public*

À la suite des recommandations écrites du DPC Pearson, la procureure Potts a rencontré la police le 15 juillet 1994. Lors de cette réunion qui a été enregistrée, la procureure Potts a laissé entendre qu'il ne serait pas [TRADUCTION] « souhaitable » que les accusations soient portées devant un juge en particulier, puisqu'elle croyait que celui-ci avait des liens politiques avec l'appelant. Elle a dit avoir plutôt l'intention de [TRADUCTION] « surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt » — exercice couramment appelé « recherche d'un juge accommodant ».

À la même réunion, Me Potts a demandé à lire tous les rapports d'enquête, parce que [TRADUCTION] « cela devrait lui brosser un tableau précis de ce qui se passait réellement ». Les notes d'une réunion tenue le 17 janvier 1995, à laquelle assistait le surintendant principal de la GRC affecté au dossier, confirment que Me Potts avait alors relu [TRADUCTION] « la preuve et les déclarations des victimes ». La police et la procureure de la Couronne s'entendaient alors sur la nécessité [TRADUCTION] « de réinterroger » les six plaignantes qui étaient réticentes à témoigner. Finalement, la police et la procureure de la Couronne réinterrogèrent ensemble un grand nombre des 22 plaignantes originales ainsi que cinq autres femmes qui s'étaient présentées après la lettre de Me Pearson.

L'objet des nouvelles entrevues était [TRADUCTION] « [d]'abord et avant tout de renseigner les plaignantes potentielles sur le processus judiciaire pour leur permettre de prendre une décision éclairée quant à leur participation à ces

2002 SCC 12 (CanLII)

to make assessments of credibility about these witnesses, including their capacity for recall and general demeanor issues, and to prepare for a preliminary inquiry". (Trial submissions of the Crown, Appellant's Record, p. 1089)

poursuites; puis de procéder à une appréciation de la crédibilité de ces témoins, notamment de leur capacité à se rappeler les événements et de leur comportement général, et de préparer une enquête préliminaire ». (Déclarations du ministère public au procès, dossier de l'appelant, p. 1089)

The re-interviews included 16 of the original 22 complainants: four of the six reluctant witnesses whom DPP Pearson had recommended should be re-approached; three of the four women only willing, at first, to give similar fact evidence; three of the four complainants for whom Pearson had recommended laying charges (the fourth refused to proceed further); all four willing complainants whom the police wanted to charge but for whom DPP Pearson had recommended that no charge be laid; the complainant in the Alberta-based incident; and one of the three complainants for whom, at first, it was thought there was no criminal offence.

14 Seize des 22 plaignantes originales furent réinterrogées : quatre des six plaignantes réticentes à témoigner à l'égard desquelles le DPC Pearson avait recommandé de nouvelles entrevues; trois des quatre femmes qui n'étaient disposées au départ qu'à fournir une preuve de faits similaires; trois des quatre plaignantes à l'égard desquelles M^e^ Pearson avait recommandé le dépôt d'accusations (la quatrième ayant refusé d'aller plus loin); les quatre plaignantes disposées à témoigner à l'égard desquelles la police voulait déposer des accusations, malgré la recommandation contraire du DPC Pearson; la plaignante dans l'incident survenu en Alberta; et l'une des trois plaignantes à l'égard desquelles l'on avait d'abord estimé qu'aucune infraction criminelle n'avait été commise.

Crown Potts was removed from the prosecution of this case by the time the preliminary inquiry began in April 1996. Crown Adrian Reid stepped in as lead counsel at the preliminary inquiry and trial. Crown Reid became involved with the case in December 1995 after charges were laid.

15 Au moment de l'ouverture de l'enquête préliminaire en avril 1996, la procureure Potts avait été retranchée de l'équipe de la poursuite dans cette affaire. Le procureur Adrian Reid prit la relève à titre d'avocat principal à l'enquête préliminaire et au procès. Le procureur Reid avait commencé à travailler au dossier en décembre 1995, après le dépôt des accusations.

Citing the cumulative effect of this Crown behaviour combined with the police premature identification of him as a suspect, the appellant sought a global stay of all of the charges. At trial, a partial stay — 9 of the 18 counts — was granted.

16 L'appelant a demandé la suspension globale de tous les chefs d'accusation en invoquant l'effet cumulatif de ce comportement du ministère public, combiné à la révélation prématurée par la police des soupçons pesant contre lui. Au procès, une suspension partielle — touchant 9 des 18 chefs d'accusation — lui a été accordée.

III. Judicial History

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1998), 21 C.R. (5th) 366

Michael MacDonald A.C.J. identified that the appellant was not claiming an abuse of process which had tainted the fairness of the trial, and was

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1998), 21 C.R. (5th) 366

17 Le juge en chef adjoint Michael MacDonald a constaté que l'appelant n'alléguait pas un abus de procédure qui aurait touché l'équité du procès, mais

2002 SCC 12 (CanLII)

therefore seeking relief under the so-called residual category of procedural abuse, which will warrant a stay of proceedings. MacDonald A.C.J. noted, however, that the remedy of a stay remains reserved for only the clearest of cases, where it is the only remedy available to counter the effects of the abuse (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391).

18 MacDonald A.C.J. adopted the test for a stay articulated in *Tobiass*, at para. 90, where the Court held that in order to grant a stay, two criteria must be satisfied: (1) that the prejudice will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial or by its outcome, and (2) that no other remedy is reasonably capable of removing the prejudice flowing from the abuse. The Court added a third factor which should be considered in cases where it remains unclear whether the abuse is sufficient to warrant the stay. It requires courts to engage in a weighing of the societal interests involved. Courts must then "balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits. This is not to say, of course, that something akin to an egregious act of misconduct could ever be overtaken by some passing public concern" (*Tobiass*, at para. 92). MacDonald A.C.J. acknowledged that this third criterion would play a significant part in his analysis. In approaching the issue, MacDonald A.C.J. noted that he had to weigh the cumulative effect of any alleged wrongdoing. He was also mindful that abuse of process need not be driven by evidence of *mala fides* to warrant a stay, although such evidence was certainly relevant.

19 MacDonald A.C.J. reviewed the respective roles of the police and of the Crown and noted that while performing independent tasks, they must work well together. A strict separation of their functions, however, creates a safeguard against misconduct by either one. This system of checks and balances is achieved by drawing a clear line between the investigation of charges, and their prosecution. He

demandait réparation en invoquant la catégorie dite résiduelle d'abus de procédure qui justifierait une suspension des procédures. Le juge en chef adjoint MacDonald a toutefois noté que le remède de la suspension des procédures est réservé aux cas les plus manifestes, lorsqu'il constitue la seule réparation possible pour corriger les effets de l'abus (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391).

Le juge en chef adjoint MacDonald a retenu le test énoncé dans *Tobiass* (au par. 90) selon lequel, pour obtenir une suspension, il faut satisfaire à deux critères en établissant : (1) que le préjudice sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue, et (2) qu'aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître le préjudice causé par l'abus. La Cour a ajouté un troisième facteur qu'il faut prendre en compte dans les cas où il n'apparaît pas clair que l'abus est assez important pour justifier une suspension. En pareil cas, les tribunaux soupèseront les intérêts sociaux en jeu. Ils doivent alors « mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Naturellement, cela ne signifie pas qu'une préoccupation publique passagère puisse jamais l'emporter sur un acte apparenté à une conduite répréhensible grave » (*Tobiass*, par. 92). Le juge en chef adjoint MacDonald a reconnu que ce troisième facteur jouerait un rôle appréciable dans son analyse. Dans son étude de cette question, le juge en chef adjoint MacDonald a noté qu'il lui fallait apprécier l'effet cumulatif de toute conduite répréhensible alléguée. Il a aussi reconnu que, malgré sa pertinence certaine, la preuve que l'abus de procédure avait été inspiré par la mauvaise foi n'était pas requise pour qu'une suspension se justifie.

Le juge en chef adjoint MacDonald a examiné les rôles dévolus respectivement à la police et au ministère public et constaté que, même s'ils s'acquittent de tâches indépendantes, une collaboration harmonieuse s'impose dans leur travail. Une séparation stricte de leurs fonctions constitue toutefois une garantie contre les écarts de part et d'autre. Le succès de ce système de freins et

2002 SCC 12 (CanLII)

held that police in Nova Scotia are "exclusively responsible for the investigation of crime and deciding what if any charges are to be laid. . . . Here, the Crown's role is limited to simply providing legal advice; advice which is not binding on the police" (paras. 63 and 65). In contrast, the Crown must function as "a quasi judicial minister of justice who must also serve as advocate" (para. 67).

de contrepoids dépend du maintien d'une ligne de démarcation nette entre, d'une part, l'enquête sur les accusations et, d'autre part, l'engagement d'une procédure à leur égard. Il a ainsi conclu que la police, en Nouvelle-Écosse, a [TRADUCTION] « la responsabilité exclusive de l'enquête sur les crimes et de la décision concernant les chefs d'accusation à déposer, le cas échéant [. . .] Ici, le rôle du ministère public se limite simplement à donner un avis juridique, avis qui ne lie pas la police » (par. 63 et 65). Par contraste, le ministère public doit se conduire comme un [TRADUCTION] « représentant quasi judiciaire de la justice, également appelé à agir en qualité de procureur » (par. 67).

2002 SCC 12 (CanLII)

The appellant submitted a list of allegations of police and Crown misconduct, including the premature formation of a police task force to investigate allegations against Regan, and questionable investigative techniques and arrest procedures. MacDonald A.C.J. concluded that these actions had little impact on the appellant. He did consider that the premature confirmation of Regan as a suspect in the police investigation was clearly wrong, as it contravened express police policy. He was troubled by this serious error in judgment.

20 L'appelant a soumis une liste d'allégations de conduite répréhensible par la police et le ministère public. Elle inclut la formation prématurée d'un groupe de travail de la police chargé d'enquêter sur les allégations visant M. Regan, ainsi que l'emploi de techniques d'enquête et de procédures d'arrestation douteuses. De l'avis du juge en chef adjoint MacDonald, ces actes n'ont pas eu une grande incidence sur l'appelant. Il a estimé que la confirmation prématurée du fait que M. Regan était devenu un suspect dans une enquête policière était clairement blâmable, puisqu'elle contrevenait à la politique expresse de la police. Il restait préoccupé par cette grave erreur de jugement.

MacDonald A.C.J. then reviewed the allegations of Crown misconduct. He found clear evidence of Crown Potts' blatant attempt at judge shopping, and found this offensive and most troubling. For MacDonald A.C.J., this gave the appearance of a Crown Attorney who was attempting to secure a conviction at all costs. He concluded that Potts' behaviour had the effect of tainting her entire involvement in the process.

21 Le juge en chef adjoint MacDonald s'est ensuite penché sur les allégations de conduite répréhensible du ministère public. Il a estimé concluante la preuve de la tentative flagrante de recherche d'un juge plus accommodant par la procureure Potts, et jugé cette tentative choquante et très préoccupante. De l'avis du juge en chef adjoint MacDonald, elle projetait l'image d'un procureur de la Couronne préoccupé d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix. Il a conclu que le comportement de la procureure Potts avait vicié toute sa participation au processus.

The pre-charge Crown interviews of complainants were, however, the most contentious issue before MacDonald A.C.J. Crown counsel, particularly Ms. Potts, became heavily involved with pre-charge interviewing. He found that the practice of

22 Les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public auprès des plaignantes constituaient toutefois le point le plus litigieux dont était saisi le juge en chef adjoint MacDonald. Les procureurs de la Couronne, tout particulièrement

pre-charge Crown interviewing in this country is not entirely rejected, but where used, its scope is narrow. MacDonald A.C.J. observed that in the provinces like New Brunswick, where pre-charge Crown interviews are done, they serve only as a screen to protect a suspect from the humiliation of being charged, if charges are later dropped or stayed. In this case, he found that the purpose for at least some of the pre-charge Crown interviews was to have reluctant complainants change their minds and come forward to lay charges. MacDonald A.C.J. held that protection of the appellant was never a factor motivating the Crown's pre-charge interviews.

M^e^ Potts, avaient participé activement aux entrevues pré-inculpation. Selon le premier juge, la pratique des entrevues pré-inculpation n'est pas entièrement rejetée dans notre pays, mais lorsqu'elle est utilisée, elle conserve une portée étroite. D'après le juge en chef adjoint MacDonald, dans des provinces comme le Nouveau-Brunswick, où l'on procède à des entrevues pré-inculpation, celles-ci servent uniquement de filtre pour protéger le suspect de l'humiliation d'être accusé, dans l'hypothèse où les accusations portées contre lui seraient retirées ou suspendues plus tard. En l'espèce, il a conclu que les entrevues pré-inculpation menées par le ministère public visaient à encourager certaines plaignantes réticentes à changer d'idée et à accepter de porter plainte. Selon le juge en chef adjoint MacDonald, jamais en l'espèce les entrevues pré-inculpation n'avaient été motivées par le désir de protéger l'appelant.

23 As a result, MacDonald A.C.J. found that this process had an impact on the number of charges that were ultimately laid. He held that the Crown was integrally immersed in the decision-making about charges. Cooperation led to consensus and this collaboration homogenized the process which then became a joint charging decision. The Crown had lost its objectivity: the effect was to deny the appellant a hard, objective second look at the charging decision, which is fundamental to the role of the Crown. In MacDonald A.C.J.'s view (at para. 124),

> [i]t is impossible to retain the requisite level of objectivity by conducting lengthy (and no doubt emotional) pre-charge interviews with the complainants. Human nature just will not allow it. By doing so you hear first hand only one side of the story. How can you then objectively review the process which includes a consideration of the rights of the applicant?

Le juge en chef adjoint MacDonald a donc estimé que ce processus avait eu une incidence sur le nombre d'accusations qui ont finalement été portées. Il a conclu que le ministère public a été pleinement associé au processus décisionnel relatif au dépôt des accusations. La coopération avait mené à un consensus et cette collaboration avait entraîné l'homogénéisation du processus, de sorte que la décision sur l'inculpation avait été prise en commun. Le ministère public avait perdu son objectivité, ce qui avait privé l'appelant de l'examen rigoureux et objectif de la décision sur l'inculpation, qui constitue un élément essentiel du rôle du ministère public. De l'avis du juge en chef adjoint MacDonald (au par. 124),

> [TRADUCTION] [i]l est impossible de conserver le niveau d'objectivité nécessaire en procédant à de longues entrevues pré-inculpation (et sans aucun doute chargées d'émotivité) auprès des plaignantes. La nature humaine ne le permet tout simplement pas. En procédant ainsi, vous n'entendez directement qu'une version de l'histoire. Comment pouvez-vous ensuite examiner objectivement le processus qui comporte la prise en compte des droits du requérant?

Nevertheless, MacDonald A.C.J. found that the Crown did not get involved in the investigation, and apart from Crown Potts' inexcusable comment about judge shopping, all other Crown counsel involved in the case were well-intentioned throughout the

Le juge en chef adjoint MacDonald a néanmoins conclu que le ministère public n'avait pas participé à l'enquête et que, à l'exception du commentaire inexcusable de la procureure Potts au sujet de la recherche d'un juge accommodant, tous les

2002 SCC 12 (CanLII)

process, yet they simply lost perspective during the charging procedure.

MacDonald A.C.J. found that the Crown had not acted in bad faith when preferring the direct indictment. The preliminary inquiry was very lengthy. If the Crown had been ill-motivated, it could have preferred the direct indictment at the outset or at least sooner than it did.

When viewing his concerns cumulatively, about judge shopping, the Crown's pre-charge interviews and to a lesser extent, the RCMP's premature confirmation that Regan was under investigation, in total this was not one of those clearest of cases of procedural abuse that demanded a global stay of all the charges. Instead, on a case-by-case review, he decided that for the nine charges concerning the most serious allegations there was a strong societal interest in proceeding with the prosecution.

However, for the less serious charges, MacDonald A.C.J. pointed out that the Pearson Report was detailed and comprehensive and spoke volumes about what the Crown originally thought was fair to the appellant. The Crown should not be seen to significantly change its position without valid reason. He held that the Crown did change its position: the direct indictment proceeded with charges involving at least four and arguably six complainants who were initially on Mr. Pearson's recommended list to exclude. He concluded that the Pearson recommendations should be given significant deference. He followed the Pearson charging recommendation and also applied its criteria to charges which post-dated the Pearson report. In the end, MacDonald A.C.J. concluded by staying the remaining 9 of the 18 counts before him.

autres procureurs de la Couronne affectés à l'affaire avaient été de bonne foi tout au long du processus, mais avaient tout simplement manqué de recul pendant la procédure d'inculpation.

24 Le juge en chef adjoint MacDonald a décidé que le ministère public n'avait pas agi de mauvaise foi en choisissant de procéder par voie de mise en accusation directe. L'enquête préliminaire a été très longue. Si des motifs répréhensibles avaient animé le ministère public, il aurait procédé par voie de mise en accusation directe dès le début ou, du moins, plus tôt qu'il ne l'a fait.

25 Appréciées cumulativement, des facteurs tels que la recherche d'un juge plus accommodant, la tenue d'entrevues pré-inculpation par le ministère public et, à un moindre degré, la confirmation prématurée par la GRC du fait que M. Regan faisait l'objet d'une enquête ne constituaient pas, dans leur ensemble, l'un des cas les plus manifestes d'abus de procédure justifiant une suspension globale de tous les chefs d'accusation. Après avoir examiné chaque cas individuellement, le juge a plutôt statué, à l'égard des neuf accusations portant sur les allégations les plus graves, qu'un intérêt public pressant exigeait la continuation des poursuites.

26 Toutefois, à l'égard des accusations les moins graves, le juge en chef adjoint MacDonald a souligné que le rapport de M^e^ Pearson était détaillé et exhaustif et qu'il révélait la solution que le ministère public avait, à l'origine, estimée équitable pour l'appelant. Le ministère public ne devrait pas pouvoir modifier sa position de façon importante, sans raison valable. Selon lui, le ministère public avait effectivement changé sa position : la mise en accusation directe comportait des chefs d'accusation engageant au moins quatre et peut-être jusqu'à six des plaignantes dont les noms figuraient à l'origine sur la liste de celles que M^e^ Pearson recommandait d'exclure. À son avis, les recommandations de M^e^ Pearson méritaient d'être traitées avec grand respect. Il a alors suivi la conclusion de M^e^ Pearson concernant l'inculpation et appliqué ses critères aux accusations portées après la transmission de son rapport. En fin de compte, le juge en chef adjoint MacDonald a tranché en suspendant les 9 chefs d'accusation restants sur les 18 dont il avait été saisi.

2002 SCC 12 (CanLII)

27 MacDonald A.C.J. added a final comment about count 16, which was among those he stayed. He held that the Crown had been motivated by an improper purpose in proceeding with this charge, which was first laid as part of the direct indictment. Count 16 was similar in fact to the incident alleged to have occurred in Alberta. The Alberta allegation could not be pursued in Nova Scotia. MacDonald A.C.J. was suspicious that the Crown's eagerness to put the Alberta facts before a Nova Scotia court motivated the Crown to lay this new, similar, Nova Scotia-based charge. MacDonald A.C.J. considered this an improper purpose which irretrievably tainted this count.

Le juge en chef adjoint MacDonald a ajouté un commentaire final au sujet du 16e chef, qui faisait partie de ceux qu'il a suspendus. Selon lui, une fin illégitime avait incité le ministère public à engager une procédure relativement à ce chef d'accusation, qui avait été déposé pour la première fois à l'occasion de la mise en accusation directe. Ce 16e chef d'accusation portait sur des faits semblables à ceux de l'incident supposément survenu en Alberta. Il n'était pas possible d'engager une procédure en Nouvelle-Écosse pour faire suite à la dénonciation albertaine. Le juge en chef adjoint MacDonald soupçonnait que l'empressement à saisir un tribunal de la Nouvelle-Écosse de faits survenus en Alberta avait conduit le ministère public à déposer cette nouvelle accusation, similaire, fondée cette fois sur des faits survenus en Nouvelle-Écosse. Selon le juge en chef adjoint MacDonald, cette fin illégitime viciait irrémédiablement ce chef d'accusation.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1999), 179 N.S.R. (2d) 45

1. Cromwell J.A. (Roscoe J.A. concurring)

28 Cromwell J.A., for a majority of the Court of Appeal, found two significant errors in the trial judge's reasoning. First, the trial judge erred in law by not asking himself whether the continuation of the prosecution of the charges would manifest, perpetuate or aggravate the prejudice caused by the Crown's failure to properly exercise its discretion at the charging stage. Second, the trial judge also erred by treating a judicial stay of proceedings as a remedy for past misconduct.

29 The narrow, residual category of abuse of process applied in this case, because the trial judge had rejected all the appellant's arguments that he could not receive a fair trial. Cromwell J.A. observed that there must be exceptional circumstances here to warrant the granting of a stay, as "[o]nly in rare and unusual circumstances could holding a fair trial, of itself, be damaging to the integrity of the judicial process" (para. 108).

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1999), 179 N.S.R. (2d) 45

1. Le juge Cromwell (avec l'appui du juge Roscoe)

Le juge Cromwell, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a identifié deux erreurs importantes dans le raisonnement du juge du procès. En premier lieu, ce dernier avait commis une erreur de droit en ne se demandant pas si la poursuite du procès relatif aux accusations révélerait, perpétuerait ou aggraverait le préjudice causé par l'exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire du ministère public à l'étape de l'inculpation. En deuxième lieu, le juge du procès s'était aussi trompé en considérant la suspension judiciaire des procédures comme une réparation pour une conduite répréhensible passée.

L'étroite catégorie résiduelle d'abus de procédure s'appliquait en l'espèce parce que le juge du procès avait rejeté toutes les prétentions de l'appelant qu'il ne pourrait subir un procès équitable. Selon le juge Cromwell, il fallait prouver l'existence de circonstances exceptionnelles pour justifier une suspension, puisque [TRADUCTION] « [c]e n'est que dans des circonstances rares et inhabituelles que la tenue d'un procès équitable, en soi, pourrait porter atteinte à l'intégrité du processus judiciaire » (par. 108).

2002 SCC 12 (CanLII)

Cromwell J.A. recounted the three-step analysis for this residual category (*Tobiass*, *supra*). At the first step, the accused must show that there has been misconduct, or circumstances which have arisen apart from misconduct, which render the continuation of the prosecution damaging to the integrity of the judicial process. At the second step, the court must balance the integrity of the judicial process against the societal interest in the prosecution of alleged crimes. This is done by considering whether the prejudice caused by the abuse will be manifested, perpetuated or aggravated by the continuation of the prosecution. If so, then the court considers whether another remedy, short of a stay, is reasonably capable of removing the prejudice. Only if the abuse is ongoing, and no other remedy is tenable, does the balance favour a judicial stay.

Further analysing the elements of the second stage, Cromwell J.A. emphasized that the remedy of a stay is prospective rather than retroactive: "a stay of proceedings is not approached as a remedy to redress a wrong that has already been done, but rather as a remedy to prevent further damage to the integrity of the judicial process in the future caused by the continuation of the prosecution" (para. 116). The ongoing harm might be repeated in the future, or might plague the process in the sense that the misconduct is so egregious that the mere going forward with the proceedings is offensive. To these examples in the case law, Cromwell J.A. added a third possibility of ongoing prejudice. This would occur in cases where "the conduct has the effect of setting the prosecution on a fundamentally different path than it would otherwise have followed" (para. 118).

The third step in the analysis is only undertaken if, after completing the analysis at the first two stages, it is still unclear whether a stay is required. The third stage reconsiders the balance between society's interest in proceeding, and the interests served by granting the stay. At this stage, however, the emphasis is on whether the misconduct, on its own, is so egregious that a stay is warranted. Cromwell J.A. pointed out that in theory, such cases might exist, but in practice, it is unlikely that such

30 Le juge Cromwell a repris l'analyse à trois volets applicable à cette catégorie (*Tobiass*, précité). À la première étape, l'accusé doit établir l'existence d'une conduite répréhensible ou d'autres circonstances indépendantes en raison desquelles la poursuite du procès porte atteinte à l'intégrité du processus judiciaire. À la deuxième étape, le tribunal met en balance l'intégrité du processus judiciaire avec l'intérêt de la société à ce que les crimes reprochés fassent l'objet de poursuites, en se demandant si le préjudice causé par l'abus sera révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite du procès. Le cas échéant, le tribunal recherche si une autre réparation, moindre qu'une suspension, peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. Ce n'est que lorsque l'abus est persistant et qu'aucune autre réparation n'est envisageable que la balance penche en faveur d'une suspension judiciaire.

31 Le juge Cromwell a poursuivi l'analyse des éléments du deuxième volet et souligné que la suspension est une réparation à caractère prospectif plutôt que rétroactif : [TRADUCTION] « la suspension des procédures n'est pas considérée comme une mesure visant à réparer un tort déjà causé, mais plutôt comme un moyen d'empêcher que l'intégrité du processus judiciaire soit davantage minée par la poursuite du procès » (par. 116). Le préjudice persistant pourrait se répéter à l'avenir, ou pourrait miner le processus en ce sens que la conduite répréhensible, à cause de sa gravité, rendrait choquante la poursuite du procès. À ces exemples tirés de la jurisprudence, le juge Cromwell a ajouté une troisième possibilité de préjudice persistant, lorsque [TRADUCTION] « la conduite entraîne la poursuite sur une voie fondamentalement différente de celle qu'elle aurait autrement suivie » (par. 118).

32 La troisième étape de l'analyse n'est engagée que si, au terme des deux premières étapes, la question de la nécessité d'une suspension n'est pas encore résolue. Le troisième volet consiste à remettre en balance l'intérêt de la société dans la poursuite et les intérêts que servirait la suspension des procédures. Toutefois, à cette étape l'analyse se concentre sur la question de savoir si la conduite répréhensible en soi a atteint une telle gravité qu'elle justifie une suspension. Selon le juge

2002 SCC 12 (CanLII)

egregious behaviour would not meet the criterion of ongoing harm at step two. Thus Cromwell J.A. concluded that to grant the remedy of a stay, evidence of ongoing harm from the abuse will almost always be key.

33 Cromwell J.A. noted that abuse of process cases are dependent on their facts. The trial judge made specific findings of misconduct on four matters: the premature announcement of Regan as a suspect, the judge-shopping comment, the Crown's loss of objectivity at the charging stage, and a fourth specific finding relating to count 16, the so-called similar fact count. Cromwell J.A. went on to outline what the trial judge had specifically not found, including: the Crown was not improperly involved in the investigation; the police did not act wrongly in laying the charges; the Crown had not acted with *mala fides* or with an improper purpose when preferring the direct indictment; the Crown's loss of objectivity did not extend beyond the charging stage; and the Crown did not encourage the police to lay more charges nor did the Crown disregard police freedom and independence to make a decision on charges.

34 Generally, the trial judge appeared to leave out any direct consideration of the second step in the stay inquiry. There was no finding by the trial judge of a likelihood of future or ongoing misconduct, nor did he find that the cumulative abuse was so egregious, in itself, that a stay was required. Cromwell J.A. added: "However, he appears to have thought that the loss of objectivity had ongoing impact because it may have resulted in more charges proceeding than would have been prosecuted had objectivity been retained" (para. 131). Nevertheless, the trial judge expressly stated that the abuse was not serious enough to warrant a global stay. Furthermore, the trial judge gave no explicit consideration to whether

Cromwell, même si en principe de tels cas peuvent se produire, en pratique, il reste peu probable qu'un comportement aussi grave n'ait pas déjà satisfait au critère du préjudice persistant examiné lors de la deuxième étape. Le juge Cromwell a donc conclu que, pour qu'il soit fait droit à une demande de suspension des procédures à titre de réparation, il faut presque toujours que soit établie l'existence d'un préjudice persistant.

Le juge Cromwell a fait observer que l'issue d'une instance fondée sur un abus de procédure dépend de ses faits. Le juge du procès avait constaté expressément l'existence d'une conduite répréhensible à quatre égards : l'annonce prématurée des soupçons portés sur M. Regan, le commentaire sur la recherche d'un juge accommodant, la perte d'objectivité du ministère public à l'étape de l'inculpation et le dépôt du 16e chef d'accusation, désigné comme le chef visant des faits similaires. Le juge Cromwell a ensuite passé en revue les conclusions que le juge du procès avait expressément refusé de tirer, notamment sur les points suivants : le ministère public ne s'est pas indûment immiscé dans l'enquête; la police n'a pas mal agi en portant des accusations; le ministère public n'a pas agi de mauvaise foi ou pour une fin illégitime lorsqu'il a choisi de procéder par voie de mise en accusation directe; la perte d'objectivité du ministère public n'a pas dépassé l'étape de l'inculpation; le ministère public n'a pas encouragé la police à porter davantage d'accusations et ne lui a nié ni la liberté de décider de l'inculpation ni son indépendance à cet égard.

En général, le juge du procès avait semblé omettre tout examen direct de la deuxième étape de l'analyse relative à la suspension. Nulle part le juge du procès n'avait mentionné la probabilité d'une conduite répréhensible future ou persistante, ni conclu que l'abus cumulatif était si grave, en soi, qu'une suspension s'imposait. Le juge Cromwell a ajouté : [TRADUCTION] « Il semble toutefois avoir pensé que la perte d'objectivité avait un effet persistant parce qu'elle avait pu faire en sorte que le ministère public engage des poursuites fondées sur un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été retenues s'il avait conservé son objectivité » (par. 131). Le juge du procès n'en avait pas

2002 SCC 12 (CanLII)

another remedy was capable of removing the prejudice.

Cromwell J.A. proceeded to analyze each of the trial judge's findings of abuse. First was the misconduct found in the laying of count 16, the similar fact count. The trial judge concluded that count 16 was added to the direct indictment because of an improper motive. Cromwell J.A. found that this finding was contradicted by the judge's other findings that, aside from Ms. Potts, no Crown had acted improperly or with bad faith, and their perspective was lost only at the charging stage, "the time around which the first charges were laid in March of 1995" (para. 129) (not at the direct indictment, when count 16 was added). There was nothing inherently objectionable in the Crown considering questions of the admissibility of evidence and its impact on the prospects of conviction when deciding to proceed with charges. Cromwell J.A. concluded the evidence surrounding count 16 disclosed no abuse, and thus failed step one of the stay analysis. The trial judge had erred in ordering a stay of count 16.

Next Cromwell J.A. dealt with the finding of the loss of Crown objectivity. The trial judge had reached two independent conclusions: at the charging stage, the Crown had lost its objectivity, and at the direct indictment stage, the Crown decision was proper. Cromwell J.A. found these two holdings could not stand together. If the Crown's discretion to prefer the direct indictment was properly exercised, it must be taken to have been exercised with proper regard to the public interest. This was consistent with the trial judge's finding that the Crown's loss of objectivity was confined to the charging stage.

moins déclaré expressément que l'abus n'était pas suffisamment grave pour justifier une suspension globale. Le juge du procès ne s'était pas non plus penché expressément sur la question de l'existence d'une autre réparation susceptible de faire disparaître le préjudice.

35 Le juge Cromwell a ensuite analysé chacune des conclusions d'abus tirées par le juge du procès, en commençant par la conduite répréhensible qu'aurait constituée le dépôt du 16e chef d'accusation visant des faits similaires. Le juge du procès avait conclu que l'ajout du 16e chef d'accusation à l'occasion de la mise en accusation directe se fondait sur un motif illégitime. Selon le juge Cromwell, cette conclusion était contredite par d'autres conclusions du juge du procès portant que, à l'exception de la procureure Potts, aucun procureur de la Couronne n'avait agi de façon irrégulière ou de mauvaise foi, et que ceux-ci n'avaient manqué de recul qu'à l'étape de l'inculpation, [TRADUCTION] « au moment approximatif du dépôt des premières accusations en mars 1995 » (par. 129) (et non lors de la mise en accusation directe, quand le 16e chef d'accusation a été ajouté). Il n'y avait rien de fondamentalement répréhensible à ce que le ministère public évalue l'admissibilité de la preuve et son effet sur les perspectives d'obtenir une déclaration de culpabilité pour décider de l'opportunité d'engager des poursuites. Le juge Cromwell a conclu que la preuve relative au 16e chef d'accusation ne révélait aucun abus et que, partant, elle ne satisfaisait pas à la première étape de l'analyse d'une demande de suspension. Le juge du procès avait donc commis une erreur en ordonnant la suspension du 16e chef d'accusation.

36 Le juge Cromwell s'est ensuite penché sur la conclusion relative à la perte d'objectivité du ministère public. Le juge du procès en était arrivé à deux conclusions indépendantes : au stade de l'inculpation, le ministère public avait perdu son objectivité, tandis qu'à l'étape de la mise en accusation directe, la décision du ministère public demeurait régulière. Le juge Cromwell a jugé ces deux conclusions inconciliables. Si le pouvoir discrétionnaire du ministère public de procéder par voie de mise en accusation directe a été exercé à bon droit, on doit présumer qu'il l'a exercé en tenant adéquatement

2002 SCC 12 (CanLII)

Cromwell J.A. also noted that virtually all of the specific findings of misconduct related exclusively or primarily to Ms. Potts. Her involvement in the matter ended at the time of the preliminary inquiry and before the direct indictment was preferred. Cromwell J.A. found that the trial judge erred in generalizing about misconduct by the Crown, given the narrowness of the specific conclusions that the loss of objectivity was at the charging stage, and misconduct was attributed only to Crown Potts.

compte de l'intérêt public. Cette présomption respecte la conclusion du juge du procès que la perte d'objectivité se limitait à l'étape de l'inculpation. Le juge Cromwell a aussi fait remarquer que pratiquement tous les incidents de conduite répréhensible constatés se rapportaient exclusivement ou principalement à la procureure Potts. La participation de celle-ci au dossier avait pris fin à l'étape de l'enquête préliminaire et avant la mise en accusation directe. Selon le juge Cromwell, le juge du procès avait commis une erreur en généralisant la portée de la conduite répréhensible du ministère public, eu égard au caractère restreint de ses conclusions particulières, d'après lesquelles la perte d'objectivité ne s'était manifestée qu'à l'étape de l'inculpation et la seule conduite répréhensible était celle de la procureure Potts.

37 Cromwell J.A. disagreed with the trial judge's finding that collaboration between the Crown and the police in the charging decision is wrong. He found no basis in law for such a conclusion. Provided that the independence and distinct roles of the police and the Crown are respected and that no improper purpose is being pursued, it is desirable for the Crown and police to avoid unnecessary disagreements about whether charges should proceed.

Le juge Cromwell était en désaccord avec la conclusion du juge du procès sur le caractère irrégulier de la collaboration entre le ministère public et la police dans la décision relative à l'inculpation. À son avis, cette conclusion n'était pas fondée en droit. Pourvu que l'indépendance de la police et du ministère public et la distinction entre leurs rôles respectifs soient respectées et qu'aucune fin illégitime ne soit poursuivie, il demeurait souhaitable que le ministère public et la police évitent tout désaccord inutile quant à l'opportunité de porter des accusations.

38 The trial judge had reasoned that human nature makes it impossible for the Crown to maintain objectivity if they interview witnesses pre-charge. Cromwell J.A. rejected this. If it were so, the Crown could never conduct witness interviews, pre- or post-charge, and still remain objective. Cromwell J.A. concluded instead that "[t]he obligation to be fair-minded is ongoing" (para. 158). There was nothing "inherently insidious" about the Crown's pre-charge interviews in this case, and Cromwell J.A. proceeded on the narrower ground identified by the trial judge that the Crown's pre-charge interviews were conducted without objectivity because they were not done "for the purpose of reviewing whether the charges should proceed in the public interest" (para. 163). In other words, the Crown did something more than charge screening in this case.

Le juge du procès avait déduit que la nature humaine ne permettrait pas aux procureurs de la Couronne de conserver leur objectivité, s'ils interrogeaient des témoins avant le dépôt des accusations. Le juge Cromwell a rejeté cette conclusion. Si tel était le cas, le ministère public ne pourrait jamais procéder à des entrevues auprès de témoins, que ce soit avant ou après le dépôt des accusations, tout en conservant son objectivité. Le juge Cromwell a plutôt conclu que [TRADUCTION] « [l]'obligation de demeurer équitable est permanente » (par. 158). Les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public en l'espèce n'avaient rien [TRADUCTION] « d'intrinsèquement insidieux ». Le juge Cromwell a ensuite porté son attention sur le motif plus circonscrit identifié par le juge du procès, qui voudrait que les entrevues pré-inculpation

2002 SCC 12 (CanLII)

However, Cromwell J.A. added that neither the trial judge nor he found anything wrong with the Crown encouraging, by ethical means, reluctant complainants to come forward, especially in cases of sexual assault, because those victims' confidence in the justice system is especially low.

n'aient pas été effectuées de manière objective par le ministère public parce qu'elles n'avaient pas été menées [TRADUCTION] « dans le but de déterminer s'il était dans l'intérêt public d'engager des procédures relativement aux accusations » (par. 163). En d'autres termes, le ministère public ne s'était pas contenté de filtrer les accusations en l'espèce. Le juge Cromwell a toutefois ajouté que ni le juge du procès, ni lui-même n'avaient trouvé à redire au fait que le ministère public, par des moyens qui ne dérogent pas à l'éthique, encourage des plaignantes réticentes à agir, tout particulièrement dans des affaires d'agression sexuelle, devant le peu de confiance de ces victimes envers le système judiciaire.

2002 SCC 12 (CanLII)

Cromwell J.A. noted that the loss of Crown objectivity constituted the central concern regarding abuse of process in this case. The improper police announcement, and the judge-shopping comment appeared to be incidental to the decision to stay the nine charges. As a result, Cromwell J.A. did not deal with these issues at any great length.

39 D'après le juge Cromwell, la question de la perte d'objectivité du ministère public constituait, en l'espèce, la principale source de préoccupation quant à l'abus de procédure. Étant donné que la communication irrégulière de la police et le commentaire sur la recherche d'un juge accommodant semblaient accessoires à la décision de suspendre les neuf accusations, le juge Cromwell ne s'y est pas attardé.

Turning to the test for a stay of proceedings, Cromwell J.A. was of the view that the trial judge erred fundamentally at step two of this analysis because he focussed on the abuse rather than on the future harm to the integrity of the justice system. The trial judge did not find that the prejudice flowing from the abuse would be manifested, perpetuated or aggravated by the trial, nor did he turn his mind to any acceptable remedy short of a stay. However, the trial judge's reasons were consistent with a conclusion that Regan was facing more charges than he might have been, if the Crown had not lost its objectivity. In this sense the abuse may have had ongoing effects. But granting a stay on this basis overlooked the proper preferring of the direct indictment.

40 Passant au critère régissant la suspension des procédures, le juge Cromwell a estimé que le juge du procès avait commis une erreur fondamentale à la deuxième étape de l'analyse en concentrant son attention sur l'abus plutôt que sur le préjudice futur qui menacerait l'intégrité du système judiciaire. Le juge du procès n'avait pas conclu que le préjudice découlant de l'abus serait révélé, perpétué ou aggravé par la tenue du procès. Il n'avait pas non plus essayé de trouver un remède approprié moins radical que la suspension. Toutefois, la conclusion que M. Regan devait répondre à un plus grand nombre d'accusations que si le ministère public n'avait pas perdu son objectivité demeurait conséquente avec les motifs du juge du procès. En ce sens, l'abus pouvait entraîner des effets persistants. Mais la réception de la demande de suspension sur cette base faisait fi de la décision légitime de procéder par voie de mise en accusation directe.

Cromwell J.A. concluded that the trial judge erred in law by relying so heavily on the Pearson recommendation as a guide to his decision to stay some of

41 Le juge Cromwell a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en collant aussi étroitement à la recommandation de M^{e} Pearson

the charges. The trial judge's approach intended to restore Regan to the position he would have enjoyed but for the Crown's subsequent loss of objectivity. This was wrong, as it was a retroactive cure for past misdeeds, instead of a prospective consideration of whether the abuse was ongoing, and what remedy would be best to address it. The Pearson letter had not crystallized the Crown's position on the charging decision — it was merely advice in response to police questions, and it did not even deal with three new charges, from five new complainants who surfaced after the Pearson letter.

42 Furthermore, the trial judge had not expressly considered the issue of whether another remedy was capable of removing the prejudice. Cromwell J.A. was of the view that this criterion could be satisfied without the need for a stay in this case. Crown Potts' removal from the case and the proper preferring of the direct indictment accrued to provide sufficient remedies to any past misconduct, and to prevent any future harm to the integrity of the judicial process.

43 From the errors committed in the stay inquiry, Cromwell J.A. concluded that the trial judge must have been unsure about the necessity of a stay at the completion of step two, and proceeded on to the balancing exercise at step three, on a case-by-case basis. In contrast, Cromwell J.A. ruled that the inevitable conclusion was that neither of the two criteria at the second stage of the test for a stay of proceedings was satisfied. However, if he was in error and it was necessary to go on to the third stage, Cromwell J.A. thought the trial judge erred in failing to properly consider all of the interests affected by the cases he stayed. It is impossible to do the required balancing of interests if only one side of the scale is considered. The trial judge had considered Regan's interest in granting the stay, but did not consider the societal interests in proceeding. Cromwell J.A. was especially sensitive to the fact that three of the stayed counts involved teenagers, employed as babysitters or a housekeeper by the appellant, and

pour ordonner la suspension de certaines des accusations. Le juge du procès cherchait ainsi à replacer M. Regan dans la situation où il serait trouvé si le ministère public n'avait pas ensuite perdu son objectivité. Il commettait alors une erreur, puisqu'il corrigeait ainsi rétroactivement les méfaits passés, plutôt que de porter un regard prospectif sur le caractère persistant de l'abus et sur la meilleure façon d'y remédier. La lettre de M^e^ Pearson n'avait pas cristallisé la position du ministère public sur les accusations à porter — elle ne constituait qu'un avis donné en réponse aux questions de la police et elle ne parlait même pas de trois nouvelles accusations émanant de cinq nouvelles plaignantes sorties de l'ombre après la lettre de M^e^ Pearson.

Par surcroît, le juge du procès n'avait pas non plus examiné expressément la question de savoir si une autre réparation pouvait faire disparaître le préjudice. Selon le juge Cromwell, il était possible de satisfaire à ce critère sans nécessité d'ordonner une suspension en l'espèce. Le retrait de la procureure Potts du dossier et le dépôt légitime de la mise en accusation directe constituaient, ensemble, une réparation suffisante pour remédier à toute conduite répréhensible passée et pour empêcher toute atteinte future à l'intégrité du processus judiciaire.

À partir des erreurs commises dans son analyse de la demande de suspension, le juge Cromwell a conclu que le juge du procès devait éprouver des doutes quant à la nécessité d'une suspension à la fin de la deuxième étape, de sorte qu'il est passé à la mise en balance prévue à la troisième étape, au cas par cas. Par contraste, le juge Cromwell a statué qu'une autre conclusion s'imposait inéluctablement, soit qu'aucun des deux éléments de la deuxième étape du critère régissant la suspension des procédures n'avait été établi. Toutefois, en supposant qu'il se soit lui-même trompé et qu'il faille passer à la troisième étape, le juge Cromwell a ajouté que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de tenir dûment compte de tous les intérêts en jeu dans les causes qu'il a suspendues. L'on ne saurait procéder à une juste appréciation de ces intérêts en ne tenant compte que d'un côté de la balance. Le juge du procès a pris en considération l'intérêt qu'avait M. Regan à obtenir la suspension des

2002 SCC 12 (CanLII)

he opined that, in such situations, the integrity of the justice system might be harmed by not proceeding to trial. In the result, he allowed the appeal and set aside the stays of all nine counts.

2. Freeman J.A. (dissenting)

Freeman J.A. found that this case turned on the need for police and the Crown to observe the demarcation line between their functions, particularly at the pre-charge stage. The trial judge had found that the police decision to charge and the Crown decision to prosecute the charge had been scrambled together, or homogenized. As a result, neither police nor Crown was able to discharge their constitutional role of protecting the accused and the public perception of the administration of justice. Freeman J.A. reviewed the trial judge's decision and found no fault with the careful manner in which the trial judge instructed himself respecting the role of the police and of the Crown.

A trial judge has superior familiarity with the context of a case. This is an important reason for an appeal court to show the trial decision deference. Freeman J.A. observed that the trial judge was shocked by the judge-shopping incident and even more so by the Crown's assumption of the police role in conducting pre-charge interviews to encourage witnesses to pursue charges. The trial judge had also noted the context in which this had all occurred. Following the tragedy of the wrongful imprisonment of Donald Marshall, Jr., the criminal justice system in Nova Scotia was criticized for treating prominent people more favourably. The appellant argued that Regan was the victim of a backlash, specifically that the authorities in this case overreacted by singling him out for special, unfavourable

procédures, sans tenir compte des intérêts de la société à ce que la poursuite se continue. Le juge Cromwell s'est dit particulièrement sensible au fait que trois des chefs d'accusation suspendus avaient trait à des adolescentes, engagées comme gardiennes d'enfants ou comme ménagère par l'appelant. En pareils cas, le fait de ne pas tenir de procès risquait de miner l'intégrité du système judiciaire. Il a donc accueilli l'appel et annulé la suspension des neuf chefs d'accusation.

2. Le juge Freeman (dissident)

44 Le juge Freeman a conclu que la question décisive dans ce pourvoi concernait la nécessité que la police et le ministère public respectent la ligne de démarcation entre leurs fonctions respectives, tout particulièrement à l'étape antérieure au dépôt des accusations. Le juge du procès avait conclu que la décision de la police de porter des accusations et la décision du ministère public d'engager des poursuites relativement à ces chefs d'accusation avaient été confondues ou homogénéisées. En conséquence, ni la police, ni le ministère public n'avaient pu s'acquitter de leur rôle constitutionnel de protéger à la fois l'accusé et la perception publique de l'administration de la justice. Le juge Freeman a examiné la décision du juge du procès et n'a rien trouvé à redire à l'approche minutieuse que celui-ci avait adoptée pour apprécier le rôle de la police et celui du ministère public.

45 Le juge du procès possède une connaissance plus intime du contexte de chaque espèce. Cette situation constitue une raison importante pour que les cours d'appel fassent preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès. D'après le juge Freeman, le juge du procès avait été choqué par l'incident de la recherche d'un juge plus accommodant, et encore plus par le fait que le ministère public s'était approprié le rôle de la police en procédant à des entrevues pré-inculpation, dans le but d'encourager des témoins à porter des accusations. Le juge du procès avait aussi tenu compte du contexte dans lequel se sont produits les actes reprochés. À la suite de la tragédie de l'emprisonnement injustifié de Donald Marshall, fils, le système de justice pénale de la Nouvelle-Écosse avait été critiqué pour

2002 SCC 12 (CanLII)

treatment. Freeman J.A. agreed that any citizen knowledgeable of the principles and facts involved would be equally shocked.

le traitement de faveur qu'il accordait aux personnes en vue. Monsieur Regan a prétendu être victime d'un mouvement de ressac, et plus précisément que les autorités auraient réagi de façon excessive, en l'espèce, en le ciblant et en lui réservant un traitement particulier défavorable. Le juge Freeman était lui aussi d'avis que tout citoyen bien renseigné sur le droit et les faits en cause serait également consterné.

46 Freeman J.A. was of the view that the trial judge had correctly applied the legal principles to determine that the appellant had been denied a dispassionate review of the charging decision, by an objective Crown. The result was that the accused faced a multiplicity of charges which had been determined without taking societal interests, including those of decency and fair play, into account. The trial judge had properly found this one of the clearest of cases to warrant a stay of some of the charges. A reduction in the number of charges by pruning out the less serious ones, and by accommodating society's interest by proceeding with the more serious criminal charges of rape and attempted rape, was not only the obvious remedy, but the only effective one. In conclusion, Freeman J.A. found that the trial judge had not misdirected himself and his decision was not so clearly wrong as to amount to an injustice.

Le juge Freeman a conclu que le juge du procès avait bien appliqué les principes de droit, pour déterminer que l'appelant avait été privé d'un examen impartial de la décision de porter des accusations, par un ministère public objectif. En conséquence, l'accusé devait se défendre contre de multiples accusations portées sans que ne soient pris en considération les intérêts de la société, y compris le souci de la décence et de l'équité. Le juge du procès avait à bon droit conclu qu'il s'agissait d'un des cas les plus manifestes justifiant une suspension d'une partie des accusations. La seule réparation efficace, d'une nécessité évidente, consistait à réduire le nombre d'accusations par l'élagage des cas les moins graves, tout en préservant l'intérêt de la société par la continuation des procédures relatives aux affaires les plus graves, soit les accusations de viol et de tentative de viol. Le juge Freeman a donc décidé que le juge du procès ne s'était pas guidé sur des principes incorrects et que sa décision n'était pas erronée au point d'équivaloir à une injustice.

IV. Legislation

IV. Dispositions législatives

47 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

577. In any prosecution,

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

577. Lors d'une poursuite :

2002 SCC 12 (CanLII)

(*a*) where a preliminary inquiry has not been held, an indictment shall not be preferred, or

(*b*) where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred or a new information shall not be laid

before any court without,

(*c*) where the prosecution is conducted by the Attorney General or the Attorney General intervenes in the prosecution, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General, or

(*d*) where the prosecution is conducted by a prosecutor other than the Attorney General and the Attorney General does not intervene in the prosecution, the written order of a judge of that court.

V. Issues

1. Did the conduct of the Crown and police amount to an abuse of process under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Was a partial stay of proceedings warranted?

3. Was the Court of Appeal entitled to interfere with the trial court's decision to grant a partial stay?

VI. Analysis

A. *Abuse of Process*

In the *Charter* era, the seminal discussion of abuse of process is found in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. The doctrine of abuse of process had been traditionally concerned with protecting society's interest in a fair process. However, in *O'Connor*, L'Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court on this issue (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting on the application of law to the facts), subsumed the common law doctrine abuse of process into the principles of the *Charter* in the following terms, at para. 63:

[I]t seems to me that conducting a prosecution in a manner that contravenes the community's basic sense of

a) si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, un acte d'accusation ne peut être présenté;

b) si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu ait été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté et une nouvelle dénonciation ne peut être faite,

devant aucun tribunal sans :

c) le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général si la poursuite est menée par le procureur général ou s'il y intervient;

d) le consentement écrit d'un juge de ce tribunal si la poursuite n'est pas menée par le procureur général ou s'il n'y intervient pas.

V. Les questions en litige

1. La conduite du ministère public et de la police constituait-elle un abus de procédure interdit par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? 48

2. La suspension partielle des procédures était-elle justifiée?

3. La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du juge du procès d'ordonner une suspension?

VI. Analyse

A. *L'abus de procédure*

Le raisonnement qui fait autorité en matière d'abus de procédure depuis l'avènement de la *Charte* se trouve dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. La doctrine de l'abus de procédure visait traditionnellement à protéger l'intérêt de la société à la préservation du caractère équitable de la procédure. Toutefois, dans l'arrêt *O'Connor*, le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour unanime sur ce point (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major étant dissidents sur une question d'application du droit aux faits), a subsumé la doctrine de l'abus de procédure en common law sous les principes exprimés par la *Charte* dans les termes suivants, au par. 63 : 49

[I]l me semble que le fait de mener une poursuite de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de

2002 SCC 12 (CanLII)

decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused.

50 L'Heureux-Dubé J. also acknowledged the existence of a residual category of abuse of process in which the individual's right to a fair trial is not implicated. She described this category, which is invoked in the present appeal, as follows in *O'Connor*, at para. 73:

> This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

L'Heureux-Dubé J. thus held that now, when the courts are asked to consider whether the judicial process has been abused, the analysis under the common law and the *Charter* will dovetail (see *O'Connor*, at para. 71). In this manner, while it acknowledged that the focus of the *Charter* had traditionally been the protection of individual right, the *O'Connor* decision reflected and accommodated the earlier concepts of abuse of process, described at common law as proceedings "unfair to the point that they are contrary to the interest of justice" (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616), and as "oppressive treatment" (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667). In an earlier judgment, McLachlin J. (as she then was) expressed it this way:

> . . . abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The concepts of oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice. I add that I would read these criteria cumulatively.

(*R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007)

décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l'intégrité du système, constitue également une atteinte d'envergure constitutionnelle aux droits d'une personne accusée.

Madame le juge L'Heureux-Dubé a aussi reconnu l'existence d'une catégorie résiduelle d'abus de procédure qui ne met pas en cause le droit d'une personne à un procès équitable. Voici comment elle a décrit cette catégorie, invoquée dans le présent pourvoi dans *O'Connor*, par. 73 :

> Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

Le juge L'Heureux-Dubé a donc affirmé que, maintenant, lorsque les tribunaux doivent déterminer si un abus du processus judiciaire est survenu, les analyses effectuées en vertu de la common law et au regard de la *Charte* se rejoignent (voir *O'Connor*, par. 71). Ainsi, tout en reconnaissant que la *Charte* mettait traditionnellement l'accent sur la protection des droits d'une personne, l'arrêt *O'Connor* a fait écho et s'est harmonisé aux notions antérieures d'abus de procédure, que la common law décrivait comme des procédures « injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616), et comme un « traitement [. . .] oppressif » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667). Dans un arrêt antérieur, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a explicité cette notion comme suit :

> . . . l'abus de procédure peut avoir lieu si : (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. La première condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice. J'ajouterais que j'interprète ces conditions de façon cumulative.

(*R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007)

2002 SCC 12 (CanLII)

Under the *Charter*, the violation of specific fair trial rights may also constitute an abuse of process, as will a breach of the more general right to fundamental justice (see *O'Connor*, at para. 73).

Finally, this Court's most recent consideration of the concept of abuse of process arose in the administrative context. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, it was held that a 30-month delay in processing a sexual harassment complaint through the British Columbia human rights system was not an abuse of process causing unfairness to the alleged harasser. For the majority, Bastarache J. came to this decision on the basis that abuse of process has a necessary causal element: the abuse "must have caused actual prejudice of such magnitude that the public's sense of decency and fairness is affected" (para. 133). In Blencoe's case, it was held that the humiliation, job loss and clinical depression which he suffered did not flow primarily from the delay, but from the complaint itself, and the publicity surrounding it (*Blencoe*, at para. 133; see also *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19).

B. *Stay of Proceedings*

A stay of proceedings is only one remedy to an abuse of process, but the most drastic one: "that ultimate remedy", as this Court in *Tobiass*, *supra*, at para. 86, called it. It is ultimate in the sense that it is final. Charges that are stayed may never be prosecuted; an alleged victim will never get his or her day in court; society will never have the matter resolved by a trier of fact. For these reasons, a stay is reserved for only those cases of abuse where a very high threshold is met: "the threshold for obtaining a stay of proceedings remains, under the *Charter* as under the common law doctrine of abuse of process, the 'clearest of cases'" (*O'Connor*, *supra*, at para. 68).

En application de la *Charte*, la violation de droits particuliers rattachés à un procès équitable peut aussi constituer un abus de procédure, comme toute atteinte au droit plus général à la justice fondamentale (voir *O'Connor*, précité, par. 73). 51

Enfin, l'examen le plus récent par notre Cour de la notion d'abus de procédure a eu lieu dans le contexte administratif. Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, notre Cour a conclu qu'un délai de 30 mois dans le traitement d'une plainte de harcèlement sexuel déposée auprès de la commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique ne constituait pas un abus de procédure entraînant une injustice envers le présumé harceleur. Au nom de la majorité, le juge Bastarache a fondé cette conclusion sur le fait que l'abus de procédure comporte un élément de causalité nécessaire : l'abus « doit [. . .] avoir causé un préjudice réel d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice et de la décence du public » (par. 133). Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'humiliation, la perte d'emploi et la dépression clinique que M. Blencoe a subies ne résultaient pas principalement du délai écoulé, mais plutôt de la plainte elle-même et de la publicité qui l'a entourée (*Blencoe*, précité, par. 133; voir aussi *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19). 52

B. *La suspension des procédures*

La suspension des procédures ne constitue qu'une forme de réparation à un abus de procédure, mais celle-ci présente le caractère le plus draconien : c'est « l'ultime réparation », comme l'a qualifiée notre Cour dans l'arrêt *Tobiass*, précité, par. 86. Elle est ultime en ce sens qu'elle est définitive. Les accusations suspendues ne pourront jamais faire l'objet de poursuites; la présumée victime ne sera jamais capable de se faire entendre en justice; la société sera privée à jamais de la possibilité de faire trancher l'affaire par le juge des faits. Pour ce motif, la suspension est réservée aux seuls cas d'abus qui satisfont à un test préliminaire très exigeant : « le test pour l'obtention d'un arrêt des procédures continue de relever des "cas les plus manifestes", tant en vertu de la *Charte* que de la doctrine de l'abus de procédure en common law » (*O'Connor*, précité, par. 68). 53

2002 SCC 12 (CanLII)

54 Regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused, because of an unfair trial, or to the integrity of the justice system, a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are met:

(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and

(2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice. [*O'Connor*, at para. 75]

The Court's judgment in *Tobiass*, at para. 91, emphasized that the first criterion is critically important. It reflects the fact that a stay of proceedings is a prospective rather than a retroactive remedy. A stay of proceedings does not merely redress a past wrong. It aims to prevent the perpetuation of a wrong that, if left alone, will continue to trouble the parties and the community as a whole, in the future.

55 As discussed above, most cases of abuse of process will cause prejudice by rendering the trial unfair. Under s. 7 of the *Charter*, however, a small residual category of abusive action exists which does not affect trial fairness, but still undermines the fundamental justice of the system (*O'Connor*, at para. 73). Yet even in these cases, the important prospective nature of the stay as a remedy must still be satisfied: "[t]he mere fact that the state has treated an individual shabbily in the past is not enough to warrant a stay of proceedings" (*Tobiass*, at para. 91). When dealing with an abuse which falls into the residual category, generally speaking, a stay of proceedings is only appropriate when the abuse is likely to continue or be carried forward. Only in "exceptional", "relatively very rare" cases will the past misconduct be "so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive" (*Tobiass*, at para. 91).

56 Any likelihood of abuse which will continue to manifest itself if the proceedings continue then must be considered in relation to possible remedies less

Que le préjudice découlant de l'abus touche l'accusé, qui ne bénéficie pas d'un procès équitable, ou porte atteinte à l'intégrité du système de justice, l'arrêt des procédures s'avère approprié uniquement lorsque deux critères sont remplis :

(1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;

(2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. [*O'Connor* par. 75]

Dans l'arrêt *Tobiass*, par. 91, notre Cour a souligné l'importance capitale du premier critère. Il reflète le caractère prospectif plutôt que rétroactif de la suspension des procédures. Cette mesure de réparation ne corrige pas simplement le préjudice causé, mais vise à empêcher que ne se perpétue une atteinte qui, faute d'intervention, continuera à perturber les parties et la société dans son ensemble à l'avenir.

Tel que mentionné plus haut, la plupart des cas d'abus de procédure causent un préjudice en rendant le procès inéquitable. En vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il existe toutefois une petite catégorie résiduelle de conduite abusive qui ne touche pas l'équité du procès, mais qui n'en mine pas moins la justice fondamentale du système (*O'Connor*, par. 73). Pourtant, même en pareil cas, l'importance du caractère prospectif de la suspension des procédures comme réparation doit être respectée : « [l]e simple fait que l'État se soit mal conduit à l'égard d'un individu par le passé ne suffit pas à justifier la suspension des procédures » (*Tobiass*, par. 91). Lorsqu'il s'agit d'un abus relevant de la catégorie résiduelle, la suspension des procédures ne constitue généralement une réparation appropriée que lorsque l'abus risque de se poursuivre ou de se produire subséquemment. Ce n'est que dans des cas « exceptionnels », « relativement très rares », que la conduite passée reprochée est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91).

Tout risque d'abus qui continuera à se manifester au cas de poursuite du procès doit donc être évalué en regard des réparations potentielles moins

2002 SCC 12 (CanLII)

drastic than a stay. Once it is determined that the abuse will continue to plague the judicial process, and that no remedy other than a stay can rectify the problem, a judge may exercise her or his discretion to grant a stay.

Finally, however, this Court in *Tobiass* instructed that there may still be cases where uncertainty persists about whether the abuse is sufficient to warrant the drastic remedy of a stay. In such cases, a third criterion is considered. This is the stage where a traditional balancing of interests is done: "it will be appropriate to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits". In these cases, "an egregious act of misconduct could [never] be overtaken by some passing public concern [although] . . . a compelling societal interest in having a full hearing could tip the scales in favour of proceeding" (*Tobiass*, at para. 92).

C. *Application to the Case at Bar*

1. Abuse of Process

In the case at bar, the trial judge was concerned with the cumulative effect of three elements of the proceedings brought against the appellant: "These include judge shopping; the Crown's pre-charge interviews, and to a lesser extent, the R.C.M.P.'s premature press release confirming the investigation" (para. 132). In addition to these events early in the proceedings, the trial judge found that the one count added to the direct indictment (count 16) was laid for an improper purpose.

(a) *Judge Shopping*

It is important to understand exactly what the Crown said and did in relation to judge shopping. There is direct evidence that the Senior Crown Attorney assigned to this case during the police investigation said in a meeting with police that

draconiennes qu'une suspension. Une fois établi que l'abus continuera à miner le processus judiciaire et qu'aucune autre réparation que la suspension ne permettrait de corriger le problème, le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la suspension.

57 Enfin, dans l'arrêt *Tobiass*, notre Cour a toutefois affirmé qu'il peut arriver, dans certains cas, que subsiste un degré d'incertitude, lorsqu'il faut évaluer si l'abus est suffisamment grave pour justifier la réparation draconienne que constitue la suspension. En pareils cas, le juge applique un troisième critère. À cette étape s'effectue la mise en équilibre traditionnelle des intérêts : « il sera approprié de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond ». En pareil cas, « une préoccupation publique passagère [ne pourrait] jamais l'emporter sur un acte apparenté à une conduite répréhensible grave [bien que] [. . .] l'intérêt irrésistible de la société à ce qu'il y ait un débat sur le fond [puisse] faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures » (*Tobiass*, par. 92).

C. *L'application aux faits de l'espèce*

1. L'abus de procédure

58 En l'espèce, le juge du procès s'est préoccupé de l'effet cumulatif de trois éléments des poursuites engagées contre l'appelant : [TRADUCTION] « Il s'agit notamment de la recherche d'un juge accommodant, des entrevues pré-inculpation menées par le ministère public et, à un moindre degré, du communiqué de presse prématuré de la GRC confirmant la tenue de l'enquête » (par. 132). En plus de ces événements survenus au début des procédures, le juge du procès a conclu que l'ajout d'un chef d'accusation lors de la mise en accusation directe (le 16e chef) avait été motivé par une fin illégitime.

a) *La recherche d'un juge plus accommodant*

59 Il importe de comprendre exactement ce que le ministère public a dit et fait en ce qui a trait à la recherche d'un juge plus accommodant. Une preuve directe établit que la procureure principale de la Couronne affectée à l'affaire au cours de

2002 SCC 12 (CanLII)

the laying of charges should be delayed to avoid bringing them before a particular judge, whom she feared might be sympathetic to the accused. This impropriety was exacerbated by her comment that she would monitor the court docket, looking for a different judge who would be more sympathetic to the laying of charges against the accused. There is no evidence that the comment was made more than once, and no evidence that it was acted upon. Nevertheless, it was said to police involved in the case, and set a tone of overzealous and unfair pursuit of a prosecution against the accused.

l'enquête policière a déclaré, lors d'une réunion avec la police, que le dépôt des accusations devrait être reporté pour éviter qu'un juge en particulier en soit saisi, parce qu'elle craignait qu'il éprouve de la sympathie envers l'accusé. Cette irrégularité a été exacerbée, lorsqu'elle a ajouté qu'elle surveillerait le rôle de la cour à la recherche d'un autre juge mieux disposé à l'égard des accusations qui seraient portées contre l'accusé. Aucune preuve ne démontre toutefois que ce commentaire a été répété ou qu'on y a donné suite. Il n'en demeure pas moins que ce commentaire a été fait devant la police chargée de l'affaire et qu'il a donné le ton d'une attitude trop zélée et injuste dans la poursuite contre l'accusé.

60 This Court has adverted to the impropriety of trying to influence the outcome of a proceeding by trying to "select" the judge. Where it appeared that the Crown had abandoned a case before one judge to avoid an unfavourable ruling, and then reinstated charges at a new trial before a new judge, McLachlin J. was quick to point out the affront to the integrity of the system (*Scott*, *supra*, at pp. 1008-9):

Notre Cour a déjà souligné le caractère irrégulier de ces manœuvres qui cherchent à influencer l'issue d'une poursuite, en tentant de « choisir » le juge. Dans une affaire où le ministère public avait d'abord abandonné une poursuite devant un juge pour éviter une décision défavorable, puis déposé à nouveau des accusations dans le cadre d'un nouveau procès devant un juge différent, madame le juge McLachlin s'est empressée de dénoncer l'outrage ainsi fait à l'intégrité du système judiciaire (*Scott*, précité, p. 1008-1009) :

> The concern with "judge-shopping" arises from the use of the stay to avoid the consequences of an unfavourable ruling. Normally, Crown counsel faced with an unfavourable ruling is expected to accept it. The remedy is by way of appeal. . . .
>
> Such conduct also raises concern for the impartiality of the administration of justice, real and perceived. The use of the power to stay, combined with reinstitution of proceedings as a means of avoiding an unfavourable ruling, gives the Crown an advantage not available to the accused.

> La question de la « quête au juge » vient du recours à l'arrêt des procédures pour contourner les conséquences d'une décision défavorable. Normalement, le substitut [du] procureur général placé devant une décision défavorable est censé l'accepter. Le recours est celui de l'appel . . .
>
> Cette conduite pose le problème de l'impartialité de l'administration de la justice, dans la réalité et selon la manière dont elle est perçue. Utiliser le pouvoir d'arrêter les procédures et les reprendre plus tard comme moyen de se soustraire à une décision défavorable donne à la poursuite un avantage dont l'accusé ne peut se prévaloir.

61 The judge shopping in this case was equally offensive. It illustrated another inequality between the Crown and defence, in that only the Crown has the power to influence which judge will hear its case by manipulating the timing of the laying of the charge. Even if this advantage was not ultimately exploited, it must be reasserted that judge shopping is unacceptable both because of its unfairness to the accused, and because it tarnishes the reputation

La recherche d'un juge plus accommodant était tout aussi outrageante en l'espèce. Elle illustrait une autre inégalité entre le ministère public et la défense, en ce que seul le ministère public a le pouvoir d'influencer le choix du juge qui sera saisi de l'affaire en jouant sur le moment du dépôt des accusations. Même s'il n'a finalement pas tiré parti de cet avantage, il faut rappeler avec fermeté que la recherche d'un juge qu'on espère plus favorable représente

2002 SCC 12 (CanLII)

of the justice system. Furthermore, it should not infect the investigative process by involving police in a conspiracy to manipulate the process. The trial judge quite properly was seriously troubled by this evidence. He nevertheless was mindful that this single comment was not acted upon, and did not find it determinative in his ultimate conclusion that the process against the accused had been abusive to the point of necessitating a stay of proceedings.

une pratique inacceptable. Injuste envers l'accusé, elle ternit aussi la réputation du système judiciaire. De plus, cette pratique ne devrait pas contaminer le processus d'enquête en mêlant la police à un complot destiné à manipuler le processus judiciaire. Le juge du procès était, à bon droit, gravement préoccupé par cette preuve. Il a toutefois tenu compte du fait que ce simple commentaire n'avait pas eu de suite. Il ne l'a donc pas jugé déterminant dans sa conclusion finale que le processus engagé contre l'accusé avait été abusif au point d'exiger une suspension des procédures.

(b) *The Police/Crown Relationship*

b) *Le rapport entre la police et le ministère public*

The appellant contends that a bright line must be drawn at the stage where charges are laid, in order to keep the functions of the police separate from those of the prosecutors. This separation, he argues, is the only way to maintain the Crown's crucial objectivity when reviewing the appropriateness of charges. The trial judge adopted this approach in assessing the administration of justice now practised in Nova Scotia. Citing various studies on the police/Crown relationship, MacDonald A.C.J. identified the police role as limited to pure investigation pre-charge, and the subsequent decision of whether to lay a charge. This reserves for the Crown the role of "Minister of Justice", in the sense that the Crown must be both ardent prosecutor once charges have been laid, and objective defender of the general public interest in determining whether to prosecute the charges recommended by police. Recognizing that in practice the police and Crown must still work together, MacDonald A.C.J. nevertheless emphasized that "the need for co-operation should never interfere [with] their individual autonomy" (para. 72).

62 L'appelant prétend qu'il faut tracer une ligne de démarcation très nette à l'étape du dépôt des chefs d'accusation, afin de séparer distinctement les fonctions de la police de celles du ministère public. Seule cette séparation, fait-il valoir, peut maintenir l'objectivité cruciale dont doit faire preuve le ministère public lorsqu'il examine la pertinence d'une accusation. Le juge du procès a adopté cette façon de voir dans son appréciation du système d'administration de la justice, tel qu'il est mis en œuvre aujourd'hui en Nouvelle-Écosse. Après avoir cité diverses études sur les rapports entre la police et le ministère public, le juge en chef adjoint MacDonald a défini le rôle de la police comme limité à l'enquête pré-inculpation proprement dite et à la décision subséquente de porter ou non des accusations. Le ministère public conserve ainsi le rôle de « représentant de la justice », en ce sens qu'il doit agir avec détermination en qualité de poursuivant, dès le dépôt des accusations, mais aussi défendre objectivement l'intérêt public général en déterminant s'il y a lieu d'engager des poursuites relativement aux accusations recommandées par la police. Tout en reconnaissant que la police et le ministère public doivent, en pratique, travailler de concert, le juge en chef adjoint MacDonald a souligné que [TRADUCTION] « la nécessité de collaborer ne devrait jamais nuire à leur autonomie respective » (par. 72).

The trial judge determined that the practice of Crown pre-charge interviewing in this country is

63 Le juge du procès a conclu que, dans notre pays, la pratique des entrevues pré-inculpation par le

2002 SCC 12 (CanLII)

"non-existent to rare", and is only done for the benefit of the accused, that is for the purpose of screening out frivolous or unsupportable charges: "[o]n the occasions when it is performed, it serves as a screen designed to protect an accused from going through the embarrassment (humiliation) of being charged only to later have the charges dropped or stayed" (para. 117). Any other pre-charge contact with witnesses would unavoidably undermine the Crown's objectivity — MacDonald A.C.J. reasoned that human nature would prevent the Crown from considering any interest other than that of the witness. The trial judge concluded that in this case, every charge laid subsequent to a Crown interview was suspect, and only DPP Pearson's paper-based assessment of the charges was objective.

64 The question before this Court is whether the Crown's objectivity is necessarily compromised if Crown counsel conduct pre-charge interviews of witnesses without the single, express intention of screening out charges before they are laid. In essence, this Court has been asked to consider whether, at law, Crown prosecutors must be prevented from engaging in wide-ranging pre-charge interviews in order to maintain their essential function as "Ministers of Justice". First, it is my view that different provinces have answered this question differently, and that the trial judge erred in his evaluation of the standard practice across the country on this issue. Furthermore, while the police tasks of investigation and charge-laying must remain distinct and independent from the Crown role of prosecution, I do not think it is the role of this Court to make a pronouncement on the details of the practice of how that separation must be maintained.

65 The seminal concept of the Crown as "Minister of Justice" is expressed by this Court's judgment in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R.16, in which Rand J. explained, at pp. 23-24:

> It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is

ministère public est [TRADUCTION] « inexistante ou rare », et qu'elle ne vise que la protection de l'accusé, c'est-à-dire qu'elle a pour but de filtrer les accusations frivoles ou non étayées par la preuve : [TRADUCTION] « [l]orsqu'on y a recours, elle sert de filtre destiné à protéger l'accusé de l'embarras (l'humiliation) d'être accusé, dans l'hypothèse où les accusations portées contre lui seraient retirées ou suspendues plus tard » (par. 117). Tout autre contact avec les témoins avant le dépôt des accusations minerait inévitablement l'objectivité du ministère public — selon le juge en chef adjoint MacDonald, la nature humaine empêcherait le ministère public de tenir compte de tout intérêt autre que celui du témoin. Le juge du procès a conclu que toute accusation portée à la suite d'une entrevue effectuée par le ministère public, dans cette affaire, était suspecte et que seule l'appréciation des accusations faite par écrit par le DPC Pearson était objective.

Notre Cour doit déterminer si l'objectivité du ministère public est nécessairement compromise lorsque le procureur de la Couronne interroge des témoins avant l'inculpation, alors qu'il n'a pas pour intention unique et expresse de filtrer les accusations avant leur dépôt. En substance, notre Cour est appelée à décider si, en droit, il faut interdire aux procureurs de la Couronne de procéder à des entrevues pré-inculpation de portée étendue pour préserver leur fonction essentielle de « représentants de la justice ». D'abord, je remarque que diverses provinces ont répondu différemment à cette question et que le juge du procès a commis une erreur dans son évaluation de la pratique courante à l'échelle du pays en cette matière. De plus, même si les fonctions policières d'enquête et de dépôt des accusations doivent demeurer distinctes et indépendantes du rôle de poursuivant du ministère public, il n'appartient pas à notre Cour de se prononcer sur les détails pratiques de la manière de sauvegarder cette séparation.

Le concept fondamental du rôle de « représentant de la justice » dévolu au ministère public découle de l'arrêt de notre Cour *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16. Le juge Rand en a alors donné la description suivante aux p. 23-24 :

> [TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir

2002 SCC 12 (CanLII)

to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility.

The issue before the Court in *Boucher*, *inter alia*, was whether the Crown counsel's personal opinion about the guilt of the accused was improper. It was so found. The exposition of the facts in *Boucher* helps to draw the distinction between Crown involvement with the case, pre-charge, and whether that inevitably leads to a loss of the Crown's necessary objectivity (at p. 27, *per* Locke J.):

> The [Crown's] statements were calculated to impress upon the jury the asserted fact that, before the accused had been arrested, the Crown, with its experts, had made a thorough investigation and was satisfied that he was guilty beyond a reasonable doubt. Introduced into the record in this manner, there could be no cross-examination to test their accuracy.
>
> . . .
>
> The Crown prosecutor, having improperly informed the jury that there had been an investigation by the Crown which satisfied the authorities that the accused was guilty, thus assured them on his own belief in his guilt and employed language calculated to inflame their feelings against him. [Emphasis added.]

Based on the underlined sections, it appears that the Crown was involved in the investigation, before the arrest, thus presumably pre-charge. Yet this alone was not troublesome to the Court. Instead, it was the subsequent Crown's personal conclusion drawn from this investigation, namely that the accused was guilty, which was then put before the jury in the manner of evidence, which the Court found inappropriate. This action revealed that the Crown had lost his objective stance as a Minister of Justice in

une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle.

Dans l'affaire *Boucher*, notre Cour était saisie, notamment, de la question de la légitimité de l'expression de l'opinion personnelle du procureur de la Couronne au sujet de la culpabilité de l'accusé. Elle a répondu qu'elle était inadmissible. La présentation des faits dans l'affaire *Boucher* aide à établir la distinction entre la question de la participation du ministère public à l'affaire avant le dépôt des accusations et celle de savoir si elle entraîne inévitablement la perte de l'objectivité nécessaire du poursuivant (à la p. 27, le juge Locke) :

> [TRADUCTION] Les déclarations [du substitut du procureur général] visaient à faire bien comprendre au jury le fait allégué que le ministère public avait procédé, avec ses experts, à une enquête approfondie avant l'arrestation de l'accusé, et qu'il était convaincu de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette preuve ainsi versée au dossier, il ne pouvait y avoir contre-interrogatoire pour en vérifier l'exactitude.
>
> . . .
>
> Le substitut du procureur général, ayant irrégulièrement informé le jury de la tenue d'une enquête du ministère public qui avait convaincu les autorités de la culpabilité de l'accusé, les a assurés de sa propre croyance en sa culpabilité et a employé un langage visant à attiser leur ressentiment à son égard. [Je souligne.]

Il ressort des extraits soulignés que le ministère public avait participé à l'enquête, avant l'arrestation, donc vraisemblablement, avant le dépôt des accusations. Cette participation prise isolément n'inquiétait toutefois pas la Cour. La Cour a plutôt jugé répréhensible la conclusion personnelle tirée par le substitut du procureur général à la suite de cette même enquête, soit celle de la culpabilité de l'accusé, qu'il avait ensuite portée devant le jury en guise de preuve. Ces actes avaient démontré que

2002 SCC 12 (CanLII)

the process. The example, I believe, helps to differentiate between the fact of pre-charge involvement by the Crown, and the loss of objectivity which may result.

66 The need for a separation between police and Crown functions has been reiterated in reports inquiring into miscarriages of justice which have sent innocent men to jail in Canada. The *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) ("Marshall Report") speaks of the Crown's duty this way: "In addition to being accountable to the Attorney General for the performance of their duties, Crown prosecutors are accountable to the courts and the public. In that sense, the Crown prosecutor occupies what has sometimes been characterized as a quasi-judicial office, a unique position in our Anglo-Canadian legal tradition" (pp. 227-28). The Marshall Report emphasizes that this role must remain distinct from (while still cooperative with) that of the police (at p. 232):

> We recognize that cooperative and effective consultation between the police and the Crown is also essential to the proper administration of justice. But under our system, the policing function — that of investigation and law enforcement — is distinct from the prosecuting function. We believe the maintenance of a distinct line between these two functions is essential to the proper administration of justice.

67 I note that investigation is not synonymous with interviewing for the purposes at issue in this appeal. The trial judge made a clear ruling that the Crown did not engage in "investigation" in this case. The distinct line appears to be that police, not the Crown, have the ultimate responsibility for deciding which charges should be laid. This can still be true after the Crown has made its own pre-charge assessment, and when the two arms of the criminal justice system disagree on whether to lay charges. (See testimony of Philip Stenning, Appellant's Record,

le ministère public avait perdu son objectivité de représentant de la justice dans le processus judiciaire. Cet exemple, me semble-t-il, aide à établir la différence entre la participation du ministère public avant le dépôt des accusations et la perte d'objectivité qui peut en résulter.

La nécessité d'une séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public a été réaffirmée à nombre d'occasions dans des rapports d'enquêtes sur des erreurs judiciaires qui ont entraîné l'emprisonnement d'innocents au Canada. Le rapport de la *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) (le « Rapport Marshall ») décrit les responsabilités du ministère public dans les termes suivants : [TRADUCTION] « En plus de devoir répondre de l'accomplissement de leurs devoirs devant le procureur général, les procureurs de la Couronne doivent répondre de leurs actes devant les tribunaux et le public. En ce sens, le procureur de la Couronne occupe une fonction qui a été quelquefois qualifiée de quasi judiciaire, une position unique au sein de notre tradition anglo-canadienne » (p. 227-228). Le Rapport Marshall souligne le fait que ce rôle doit demeurer distinct (bien que marqué par un esprit de collaboration) de celui de la police (à la p. 232) :

> [TRADUCTION] Nous reconnaissons qu'une consultation marquée par la coopération et l'efficacité entre la police et le ministère public est aussi essentielle à la bonne administration de la justice. Toutefois, dans notre système, la fonction policière — la fonction d'enquête et d'application de la loi — est distincte de la fonction de poursuivant. Nous croyons que le maintien d'une ligne de démarcation nette entre ces deux fonctions est essentiel à la bonne administration de la justice.

Je remarque que le mot enquête n'est pas synonyme d'entrevue aux fins du présent pourvoi. Le juge du procès a constaté clairement que le ministère public n'avait pas participé à « l'enquête » en l'espèce. La ligne de démarcation nette signifie apparemment que l'ultime responsabilité de décider quelles accusations doivent être portées incombe à la police, et non au ministère public. Ce principe peut encore valoir après que le ministère public a procédé à sa propre évaluation pré-inculpation, lorsque les deux organes du système de justice

2002 SCC 12 (CanLII)

at p. 975.) The Nova Scotia Solicitor General's Directive on Laying of Charges (1990), which responded to the Marshall inquiry, states:

All Police Departments must implement the following protocol for the resolution of disputes between police and Crown over the laying of criminal charges:

(i) no charge shall be laid, contrary to the advice of a Crown Prosecutor, until discussion concerning the matter has taken place between the Police Department and the Crown Prosecutor;

(ii) if there is no resolution of the disagreement at that level, the matter must be referred to a senior police official of the department, who will discuss the matter with the Regional Crown Prosecutor;

(iii) if, following such discussion, the police remain of the view that a charge is warranted, the charge shall be laid.

The protocol encourages a police and Crown joint assessment pre-charge: there is nothing in these recommendations that indicates that the separation between police and Crown functions must be implemented by preventing Crown contact with potential witnesses pre-charge. Therefore, while the Marshall Report speaks of a distinct line between police and Crown functions, it is one that may be drawn conceptually and figuratively, through conscious practice, rather than literally by the act of laying charges.

The appellant also drew the Court's attention to the 1998 Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, which inquired into another recent instance of wrongful conviction, after which Morin spent several years in jail, before his innocence was recognized. This inquiry focussed on the Crown's failure of objectivity throughout the process as a result of too close contact between the

pénale ne s'entendent pas sur l'opportunité de porter des accusations. (Voir le témoignage de Philip Stenning, dossier de l'appelant, p. 975.) La directive du Solliciteur général de la Nouvelle-Écosse sur le dépôt d'accusations, émise en réaction à l'enquête Marshall (*Nova Scotia Solicitor General's Directive on Laying of Charges* (1990), prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Tous les services de police doivent mettre en œuvre le présent protocole de règlement des différends entre la police et le ministère public au sujet du dépôt d'accusations criminelles :

(i) aucune accusation ne peut être portée à l'encontre de l'opinion d'un procureur de la Couronne, avant qu'un entretien sur la question n'ait eu lieu entre le service de police et le procureur de la Couronne;

(ii) en cas d'incapacité à résoudre le différend à ce niveau, la question doit être soumise à un agent de police supérieur du service, qui s'entretiendra de la question avec le procureur de la Couronne régional;

(iii) si, à la suite d'un tel entretien, la police continue à penser qu'il y a lieu de porter des accusations, il y aura dépôt des accusations.

68 Le protocole encourage l'évaluation conjointe, par la police et par le ministère public, de l'opportunité de porter des accusations : aucun élément de ces recommandations n'indique que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public doive être mise en œuvre en empêchant le ministère public d'entrer en contact avec des témoins potentiels avant le dépôt des accusations. Par conséquent, même si le Rapport Marshall parle d'une ligne de démarcation nette entre les fonctions de la police et celles du ministère public, c'est une ligne qui peut être tirée sur le plan des concepts et au figuré, par une pratique éclairée, plutôt qu'au propre, par le dépôt concret d'accusations.

69 L'appelant a aussi attiré l'attention de notre Cour sur le Rapport de 1998 de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin, une enquête sur une autre erreur judiciaire récente qui a entraîné l'incarcération de M. Morin pendant plusieurs années avant que son innocence soit reconnue. Cette enquête s'est concentrée sur le manque d'objectivité du ministère public du début à la fin du processus

2002 SCC 12 (CanLII)

Crown counsel and police. Justice Kaufman, who wrote the report, concluded that, at the root of the problems in the Morin case there had been a failure by the Crown prosecutor to assess objectively the reliability of evidence, before charges were laid (vol. 2, at pp. 909, 911 and 1069-70):

> The bottom line is this: [the Crown] failed to *objectively* assess the reliability of evidence which favoured the prosecution. It is difficult to determine the precise extent to which each of the prosecutors appreciated just how unreliable some of the evidence tendered was. . . .
>
> The prosecutors showed little or no introspection about these contaminating influences upon witnesses for two reasons: one, the evidence favoured the prosecution; this coloured their objectivity; two, their relationship with the police which, at times, blinded them, and prevented them from objectively and accurately assessing the reliability of the police officers who testified for the prosecution. . . .
>
> It is also understandable that this belief [of Morin's guilt] would affect the prosecutors' assessment of their own evidence and the evidence tendered by the defence. Their failing was that this belief so pervaded their thinking that they were unable, at times, to objectively view the evidence, and incapable at times to be at all introspective about the very serious reliability problems with a number of their own witnesses. As I have said earlier, their relationship with the police, at times, blinded them to the very serious reliability problems with their own officers. [Emphasis in original.]

70 The parties agree in the present case that Crown objectivity and the separation of Crown from police functions are elements of the judicial process which must be safeguarded. What the Morin inquiry shows is that objectivity can be lost without the Crown's involvement in pre-charge interviews, and that this loss of objectivity in fact did occur, in part, as a result of post-charge Crown interviews. It does not mean that the absence of pre-charge interviews would be, of itself, a guarantee of fair process or that the restrained use of such interviews may not be consistent with a separation of Crown and police functions.

par suite d'un contact trop étroit entre le procureur de la Couronne et la police. L'auteur du rapport, le juge Kaufman, a attribué les problèmes survenus dans l'affaire Morin à l'absence d'une évaluation objective de la fiabilité de la preuve par le procureur de la Couronne avant le dépôt des accusations (t. 2, aux p. 1053, 1055 et 1235) :

> En conséquence, la conclusion est la suivante : [les procureurs de la Couronne] n'ont pas réussi à évaluer *objectivement* la fiabilité de la preuve de la poursuite. Il est difficile de déterminer à quel point, précisément, chaque procureur a établi le manque de crédibilité d'une partie de la preuve présentée . . .
>
> Les procureurs ont fait preuve d'un piètre jugement quant à la question des influences contaminantes pour les témoins : premièrement, la preuve favorisait la poursuite, ce qui fausse leur objectivité; deuxièmement, leurs rapports avec la police qui, à certains moments, les empêchait d'y voir clair et d'évaluer avec objectivité et précision la fiabilité des agents qui témoignaient pour la poursuite . . .
>
> Il est également normal que cette conviction [en la culpabilité de Morin] ait influé sur l'évaluation faite par les procureurs de leurs propres éléments de preuve et de la preuve présentée par la défense. Leur manquement est que cette conviction a tellement envahi leurs pensées qu'ils étaient parfois incapables de considérer la preuve objectivement et parfois incapables d'être quelque peu introspectifs face aux très graves problèmes de fiabilité de certains de leurs propres témoins. Comme je l'ai déjà dit, leur lien avec la police les a parfois aveuglés sur les très graves problèmes de fiabilité de leurs propres policiers. [En italique dans l'original.]

Les parties reconnaissent en l'espèce que l'objectivité du ministère public et la séparation entre les fonctions du ministère public et celles de la police sont des éléments du processus judiciaire qu'il faut protéger. L'enquête sur l'affaire Morin, démontre que le ministère public peut perdre son objectivité sans avoir participé à des entrevues pré-inculpation et qu'il l'a effectivement perdue, en partie, par suite d'entrevues effectuées par le ministère public après le dépôt d'accusations. Il ne faut pas en conclure que l'absence d'entrevues pré-inculpation garantirait, en soi, le caractère équitable du processus, ni que le recours limité à pareilles entrevues devient nécessairement incompatible avec une séparation des fonctions de la police et du ministère public.

2002 SCC 12 (CanLII)

(c) *Other Jurisdictions*

While the separation of police and Crown roles is a well-established principle of our criminal justice system, different provinces have implemented this principle in various ways. This Court has already recognized that some variation in provincial practices in the administration of the criminal law is to be expected and allowed in certain circumstances. In *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, Dickson C.J. observed, at pp. 289-90:

> It is necessary to bear in mind that differential application of federal law can be a legitimate means of forwarding the values of a federal system. In fact, in the context of the administration of the criminal law, differential application is constitutionally fostered by ss. 91(27) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The area of criminal law and its application is one in which the balancing of national interests and local concerns has been accomplished by a constitutional structure that both permits and encourages federal-provincial cooperation. A brief review of Canadian constitutional history clearly demonstrates that diversity in the criminal law, in terms of provincial application, has been recognized consistently as a means of furthering the values of federalism. Differential application arises from a recognition that different approaches to the administration of the criminal law are appropriate in different territorially based communities.

An examination of the practices in several Canadian provinces illustrates that different jurisdictions have approached the issue of Crown pre-charge interviews in different ways.

(i) New Brunswick

At trial, several witnesses gave evidence about the system of criminal prosecutions in the province of New Brunswick. Glendon Abbott, Director of Public Prosecutions for the province, was one. He described that part of the Crown's function as to

> provide advice to policing authorities. We in the Province of New Brunswick, at least, exercise a pre-charge screening function. The Attorney General has set

c) *La situation dans d'autres ressorts*

71 Bien que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public constitue un principe bien établi dans notre système de justice pénale, les provinces appliquent ce principe de différentes façons. Notre Cour a déjà reconnu que certaines différences dans les pratiques provinciales d'administration du droit criminel restent prévisibles et permises dans certaines circonstances. Dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, le juge en chef Dickson a fait, à ce propos, l'observation suivante, aux p. 289-290 :

> En premier lieu, il faut se rappeler que des différences dans l'application d'une loi fédérale peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral. De fait, dans le contexte de l'administration du droit criminel, les différences d'application sont favorisées par les par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit criminel et son application sont un domaine dans lequel un équilibre a pu être établi entre les intérêts nationaux et les préoccupations locales grâce à une structure constitutionnelle qui permet et encourage à la fois la collaboration du fédéral et des provinces. Il ressort clairement d'une brève revue de l'histoire constitutionnelle canadienne que la diversité du droit criminel dans son application par les provinces a été reconnue de façon constante comme moyen de promouvoir les valeurs propres au fédéralisme. Les différences d'application naissent de la reconnaissance de l'opportunité d'adopter dans différentes régions des façons différentes d'aborder l'administration du droit criminel.

En examinant les pratiques qui ont cours dans plusieurs provinces canadiennes, on constate que divers ressorts ont abordé différemment la question des entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public.

(i) Le Nouveau-Brunswick

72 Au procès, plusieurs témoins sont venus décrire le système de poursuite criminelle dans la province du Nouveau-Brunswick. Glendon Abbott, directeur des poursuites criminelles pour la province était de ce nombre. Il a expliqué qu'une partie de la fonction du ministère public consiste à

> [TRADUCTION] conseiller les autorités policières. Nous exerçons, dans la province du Nouveau-Brunswick, à tout le moins, une fonction de filtrage avant le dépôt des

2002 SCC 12 (CanLII)

out a threshold for charging and we review police files that are brought to us for that purpose, to make a decision on charging. And we exercise the prosecutorial duties to advance the case through the legal system. . . . The short form of the test [to determine whether a prosecution should proceed] is to be satisfied that there is a reasonable prospect of conviction.

accusations. Le procureur général a établi un critère préliminaire pour le dépôt d'accusations et nous examinons les dossiers de la police qui nous sont soumis à cette fin, afin d'arrêter une décision quant au dépôt d'accusations. Et nous exerçons les fonctions du poursuivant pour faire progresser l'affaire dans le système de justice [. . .] En bref, le critère [permettant de déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites] se résume ainsi : il faut être convaincu qu'il existe une perspective raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité.

73 Mr. Abbott also gave evidence about his understanding of New Brunswick's written policy on initiating prosecutions: "In my view, yes, implicitly it does speak to [Crown pre-charge interviews] and contemplates pre-charge contact with potential witnesses." The policy states:

M^e^ Abbott a aussi témoigné au sujet de son interprétation de la politique écrite du Nouveau-Brunswick sur l'engagement des poursuites : [TRADUCTION] « À mon avis, oui, implicitement, elle s'applique aux [entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public] et vise le contact avec les témoins potentiels avant le dépôt des accusations. » La politique est ainsi libellée :

In making a decision as to sufficiency of evidence, the Crown prosecutor considers such factors as the availability and admissibility of evidence, the credibility of witnesses, and their likely impression on a judge or jury, the admissibility of any confessions, the reliability and admissibility of any identification, and generally will draw on experience to evaluate how strong the case is likely to be when presented in court. In addition, there are public interest factors that may be taken into account.

[TRADUCTION] Le procureur de la Couronne tiendra compte des facteurs suivants pour se prononcer sur le caractère suffisant de la preuve : la disponibilité et l'admissibilité des éléments de preuve, la crédibilité des témoins et l'impression qu'ils produiront vraisemblablement sur le juge ou le jury, l'admissibilité des aveux, la confiance qu'on peut avoir dans la preuve d'identification et son admissibilité. Il se servira de son expérience pour évaluer la probabilité d'emporter la conviction du juge ou du jury lorsqu'il leur présentera la preuve. En outre, il y [a] d'autres facteurs tenant à l'intérêt public dont il pourra tenir compte.

(New Brunswick Criteria for Prosecutions, Appellant's Record, at pp. 519-520)

(Nouveau-Brunswick, Critères d'engagement des poursuites, dossier de l'appelant, p. 519-520)

Mr. Abbott testified that based on this policy,

M^e^ Abbott a déclaré que, conformément à cette politique,

in some cases . . . the prosecutor and myself from my own experience would want to interview some of the witnesses [pre-charge]. Not in every case, but in some cases. . . .

[TRADUCTION] dans certains cas [. . .] le procureur et moi-même, en me fondant sur ma propre expérience, nous voulons interroger certains des témoins [avant le dépôt des accusations]. Pas dans tous les cas, mais dans certains cas . . .

Over approximately 23 or so years I've been with public prosecutions, this is not an uncommon practice. . . .

Sur une période d'environ 23 ans d'expérience au sein du ministère public, cela n'est pas une pratique peu commune . . .

I think as a category of offenses or alleged offenses, where there are allegations of sexual assault, this is more common.

Je crois qu'en ce qui a trait à une catégorie d'infractions ou d'infractions alléguées, lorsqu'il y a des allégations d'agression sexuelle, c'est plus courant.

Such Crown pre-charge interviews are conducted to assess credibility and weight of the complainant's

Le ministère public effectue de telles entrevues préinculpation pour apprécier la crédibilité et la force

2002 SCC 12 (CanLII)

evidence, for both youthful witnesses, and adults, and to inform potential witnesses of the legal process, while also testing their resolve to pursue the matter. Mr. Abbott acknowledged that as a result of his pre-charge interviews, "there were cases where it aided [him] in drawing a conclusion that there was a reasonable prospect of conviction and — well, not equally, but in many cases where there wasn't a reasonable prospect of conviction". He concluded, "I don't feel that interviewing the witness prior to the approval or not or approval [*sic*] of charges affects my ability to discharge my duty impartially."

probante des témoignages des plaignants, tant pour les jeunes témoins que pour les adultes, et pour informer les témoins potentiels sur le processus judiciaire, tout en éprouvant leur détermination. M^e^ Abbott a reconnu, à l'égard de ses entrevues pré-inculpation, que [TRADUCTION] « dans certains cas, elles [l]'ont aidé à tirer la conclusion qu'il y avait une perspective raisonnable de condamnation et — en fait, pas aussi souvent, mais dans nombre de cas, qu'il n'y avait pas de perspective raisonnable de condamnation ». Il a conclu en ces termes : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que le fait d'interroger le témoin avant l'approbation ou non du dépôt des accusations ait un effet sur ma capacité de m'acquitter de ma fonction avec impartialité. »

2002 SCC 12 (CanLII)

Regional Crown Prosecutor for the rural Miramichi district of New Brunswick, Fred Ferguson, testified that he too does pre-charge interviewing, about once a year. In his experience, such interviewing is done for young witnesses, historic sex assault allegations, and "where there's been a question of motive" to prosecute. He said that time and manpower have made it difficult to do more pre-charge interviews.

74 Le procureur de la Couronne régional pour le district rural de Miramichi (Nouveau-Brunswick), Fred Ferguson, a témoigné qu'il effectuait lui aussi des entrevues pré-inculpation, environ une fois par année. Selon son expérience, de telles entrevues se pratiquent dans le cas de jeunes témoins, d'allégations d'agression sexuelle remontant à très longtemps, et [TRADUCTION] « lorsqu'on s'interroge sur les motifs » à l'origine de la plainte. Il a déclaré que les contraintes de temps et de personnel font qu'il est difficile d'effectuer davantage d'entrevues pré-inculpation.

(ii) Quebec

(ii) Québec

The intervener Attorney General of Quebec made submissions before this Court that it is not unusual in that province for Crown counsel to interview witnesses pre-charge: [TRANSLATION] "[T]he intervener maintains that there is nothing heretical in a representative of the Attorney General meeting with or even questioning witnesses, including victims, before charges are laid" (Intervener's factum, at para. 3). In fact, pre-charge screening has been a "systematic" practice in Quebec for more than 30 years (Intervener's factum, at para. 4).

75 La procureure générale du Québec, intervenante, a soumis à notre Cour des observations portant qu'il n'est pas inhabituel dans cette province que des substituts du procureur général interrogent des témoins avant le dépôt d'accusations : « [L]'intervenante soutient qu'il n'y a rien d'hérétique pour un représentant du procureur général de rencontrer voire même d'interroger des témoins, y compris les victimes, avant que des accusations ne soient portées » (mémoire de l'intervenante, par. 3). En fait, le filtrage pré-inculpation constitue une pratique « systématique » au Québec depuis plus de 30 ans (mémoire de l'intervenante, par. 4).

The system of Crown pre-charge screening in Quebec is much like that in New Brunswick, and was instituted to improve the administration of

76 Le système de filtrage pré-inculpation au Québec ressemble beaucoup à celui du Nouveau-Brunswick et il a été institué afin d'améliorer l'administration

justice. In particular, the practice is done for a number of reasons:

[TRANSLATION] The prosecutor's decision to authorize the laying of criminal charges presupposes that the conduct complained of constitutes an offence in law, that there are reasonable grounds to believe that the person under investigation is the perpetrator, that it is legally possible to prove it, and that it is appropriate to prosecute. In exercising prosecutorial discretion, the prosecutor must take into account various policy and social considerations. [Intervener's factum, at para. 14]

As almost all of the expert witnesses at trial testified, Crown pre-charge interviewing is especially useful in cases of sexual assault allegations. The Quebec experience further supports this:

[TRANSLATION] Generally, the goals are to understand better the victim's reluctance to lodge a complaint or to testify, to reassure him or her and to create an atmosphere of trust, in order better to assess the witness's credibility if necessary or to get the witness to relate accurately the circumstances of the offence to the court or, in some cases, simply to explain the proceedings to the victim, including the examination and cross-examination, so that he or she is better prepared to face an experience that is very painful for a number of people. [Intervener's factum, at para. 36]

In fact, Quebec's Justice Minister has instructed that contact between sexual assault complainants and Crown counsel should occur at the beginning of the process of laying charges, and in cases of minors (under the age of 18) who make such complaints, pre-charge meetings with the Crown are mandatory. According to the *Manuel de directives aux substituts du procureur général* (rev. 1997), Directive No. INF-1, at para. 5, with certain exceptions, [TRANSLATION] " [t]he prosecutor must meet with the child before authorizing the laying of an information". (See also ministère de la Justice du Québec, *Crimes à caractère sexuel: Guide du poursuivant* (2000), at pp. 13 and 27.)

(iii) British Columbia

77 Several of the witnesses and interveners remarked that British Columbia also uses a system

de la justice. L'on a recours à cette pratique en particulier pour plusieurs raisons :

La décision du substitut d'autoriser le dépôt d'accusations criminelles présuppose que le comportement reproché constitue une infraction en droit, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne sous enquête en est l'auteur, qu'on puisse légalement en faire la preuve et qu'il soit opportun de poursuivre. En effet, dans l'exercice de la discrétion de poursuivre, le substitut doit prendre en compte différentes considérations d'intérêt public et social. [Mémoire de l'intervenante, par. 14]

Ainsi que l'ont déclaré pratiquement tous les témoins experts au procès, la tenue d'entrevues préinculpation par le ministère public est particulièrement utile dans les affaires d'allégations d'agression sexuelle. L'expérience du Québec vient étayer ces opinions :

Généralement, cela vise à mieux comprendre les réticences de la victime à porter plainte ou à venir témoigner, à la rassurer et à créer un climat de confiance, à mieux jauger au besoin la crédibilité du témoin ou à l'amener à raconter fidèlement au tribunal les circonstances de l'infraction ou, dans certains cas, à lui expliquer simplement le déroulement des procédures dont l'interrogatoire et le contre-interrogatoire pour ainsi mieux le préparer à affronter ce qui est très pénible pour plusieurs personnes. [Mémoire de l'intervenante, par. 36]

En fait, le ministre de la Justice du Québec a prescrit que la rencontre entre les plaignants dans des affaires d'agression sexuelle et le substitut du procureur général ait lieu au début du processus de dépôt des accusations; lorsque les plaignants sont des mineurs (moins de 18 ans) dans de telles affaires, les entrevues avec le substitut du procureur général avant le dépôt des accusations sont obligatoires. Selon le *Manuel de directives aux substituts du procureur général* (rév. 1997), Directive n^{o} INF-1, par. 5, « [l]e substitut doit rencontrer l'enfant avant d'autoriser une dénonciation », sauf exception. (Voir aussi ministère de la Justice du Québec, *Crimes à caractère sexuel : Guide du poursuivant* (2000), p. 13 et 27.)

(iii) Colombie-Britannique

Plusieurs des témoins et intervenants ont fait remarquer que la Colombie-Britannique emploie

2002 SCC 12 (CanLII)

of pre-charge screening, similar to New Brunswick and Quebec. In British Columbia, Crown counsel must approve charges before the police can lay them, and this Crown approval may require witness interviews, pre-charge. The Crown charge screening function is intended to accomplish the same variety of systemic benefits as in New Brunswick, Quebec, and even Ontario (see below). A 1990 study by the Law Reform Commission of Canada, which looked at the role of Crown counsel in the criminal justice system, remarked that the pre-charge screening/interviewing procedures used in New Brunswick, Quebec and British Columbia work well (Law Reform Commission of Canada, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990), Working Paper 62, at pp. 74-75).

elle aussi un système de filtrage pré-inculpation qui est semblable à ceux du Nouveau-Brunswick et du Québec. En Colombie-Britannique, le procureur de la Couronne doit approuver les accusations avant que la police ne puisse les déposer, et cette approbation peut exiger la tenue d'entrevues avec des témoins, avant le dépôt des accusations. La fonction de filtrage des accusations par le ministère public vise à obtenir les mêmes types d'avantages systémiques qu'au Nouveau-Brunswick, au Québec, voire en Ontario (voir plus loin). Une étude effectuée en 1990 par la Commission de réforme du droit du Canada, qui a étudié le rôle du procureur de la Couronne dans le système de justice pénale, a mentionné que les procédures d'examen préalable et d'entrevues pré-inculpation employées au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique fonctionnent bien (Commission de réforme du droit du Canada, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990), Document de travail 62, p. 77).

(iv) Ontario

(iv) Ontario

Michael Code, a witness for the appellant, described the most restrictive role for Crown pre-charge involvement, which he said is the practice in Ontario. According to Mr. Code, a former Assistant Deputy Attorney General — Criminal Law of the province, two dangers arise from pre-charge interviewing by the Crown. First, it can undermine the independence of police in deciding which charges to lay, and second, it can strip the Crown of its necessary objectivity in assessing whether to proceed with the charges laid by police. (I note here that the trial judge in this case made no finding that the police decision to lay charges was improper. Therefore, only the second concern will be further developed.)

78 Michael Code, un témoin cité par l'appelant, a décrit le rôle le plus restrictif du ministère public à l'étape pré-inculpation, qui correspond selon lui à la pratique en Ontario. Selon M^e^ Code, ancien sous-procureur général adjoint — droit criminel de la province, la participation du ministère public à des entrevues pré-inculpation comporte deux dangers. En premier lieu, elle peut miner l'indépendance de la police dans sa décision quant aux accusations à porter. En deuxième lieu, elle est susceptible de priver le ministère public de l'objectivité nécessaire pour déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites relativement aux accusations portées par la police. (Je note ici que le juge du procès n'a pas conclu en l'espèce que la décision de la police de porter des accusations était répréhensible. Par conséquent, seul le deuxième point sera examiné plus en profondeur.)

To avoid these perversions of our system of police/Crown independence, Mr. Code was of the opinion that Crown counsel should not interview witnesses until after police have laid the charge, and after the Crown has decided to prosecute it. He

79 Afin d'éviter ces dérèglements de notre système d'indépendance entre les fonctions de la police et du ministère public, M^e^ Code estimait que le procureur de la Couronne ne devrait pas interroger les témoins avant que la police ait porté des accusations

2002 SCC 12 (CanLII)

testified that among the 10 very senior prosecutors he knows, they personally never conduct pre-charge interviews, have never heard of anyone else doing it, and think it is wrong, and inconsistent with their role as Crown counsel.

80 Despite Mr. Code's position, another witness from Ontario, Chief Crown Attorney for Ottawa-Carleton, Andrejs Berzins, testified that some pre-charge Crown interviewing is done in Ontario. Mr. Berzins has done one or two such pre-charge interviews every year.

81 Brian Gover, another expert witness from Ontario, confirmed this practice: "I regard it as an unusual event for a Crown counsel to interview a potential witness at a pre-charge stage. But, nonetheless, it's my view that Crown practice in Ontario is sufficiently flexible to accommodate that occurring." (Appellant's Record, p. 696) He added (at p. 717):

> . . . it's important that Crown counsel have paramount in his or her mind the role of the Crown as distinguished from the role of the police. It's essential that the Crown not engage in pre-charge evidence-gathering. But, as I said, there will be circumstances in which it is appropriate for the Crown to engage in a process of confirming in his or her own mind that the evidence attributed to a witness would, in fact, be given by that witness as part of the determination of whether reasonable grounds exist and whether there's a reasonable likelihood of conviction.

82 Therefore, even in Ontario, it cannot be said that Crown pre-charge interviews are non-existent, and in Quebec, New Brunswick and British Columbia they are common, and regularly conducted in sexual assault cases, especially when historic incidents or young complainants are involved.

(d) *Policy Considerations*

83 A lesson underscored by the report on the Morin case and the events which led to its tragic outcome

et que le ministère public ait décidé d'engager des poursuites. Il a affirmé qu'aucun des 10 procureurs principaux qu'il connaît n'a jamais effectué d'entrevue pré-inculpation ni entendu parler de quelque autre procureur qui l'aurait fait, et qu'ils croient tous que cela est irrégulier et incompatible avec leur rôle de procureurs de la Couronne.

À l'encontre de la position de M^e^ Code, un autre témoin de l'Ontario, le procureur de la Couronne en chef pour Ottawa-Carleton, Andrejs Berzins, a témoigné que le ministère public procède à l'occasion à des entrevues avant le dépôt des accusations en Ontario. M^e^ Berzins en effectue une ou deux chaque année.

Brian Gover, autre témoin expert de l'Ontario, a confirmé cette pratique : [TRADUCTION] « Je considère inhabituel qu'un procureur de la Couronne interroge un témoin potentiel à l'étape pré-inculpation. Cela dit, j'estime toutefois que la pratique du ministère public en Ontario est suffisamment souple pour permettre que cela se produise. » (Dossier de l'appelant, p. 696) Il a ajouté ce qui suit (à la p. 717) :

> [TRADUCTION] . . . il est important que le substitut du procureur général garde avant tout à l'esprit le rôle du ministère public, par opposition au rôle de la police. Il est essentiel que le procureur de la Couronne ne participe pas à la collecte d'éléments de preuve avant le dépôt des accusations. Toutefois, comme je l'ai dit, il peut y avoir des circonstances où il est opportun que le procureur de la Couronne s'engage dans un processus visant à confirmer dans son esprit que la preuve attribuée à un témoin sera en fait offerte par ce témoin, afin de vérifier l'existence de motifs raisonnables et la probabilité raisonnable d'une déclaration de culpabilité.

Par conséquent, même en Ontario, l'on ne peut affirmer qu'il ne se pratique pas d'entrevues pré-inculpation, tandis qu'au Québec, au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique, ces entrevues s'effectuent couramment et ont régulièrement lieu dans les affaires d'agression sexuelle, tout spécialement lorsqu'il s'agit d'incidents très anciens ou de jeunes plaignants.

d) *Considérations de principe*

L'une des leçons à tirer du rapport sur l'affaire Morin et des événements qui ont mené à son

2002 SCC 12 (CanLII)

is that the appellant's proposed "quick fix" to maintain Crown objectivity, by preventing Crown interviews pre-charge, is both misguided, and potentially harmful — because pre-charge Crown interviews may advance the interests of justice (see below), and because the pre- versus post-charge distinction may distract attention away from the necessary vigilance to maintain objectivity throughout the proceedings.

dénouement tragique est que la « solution simple » que propose l'appelant, soit empêcher le ministère public de procéder à des entrevues pré-inculpation, s'avère à la fois peu judicieuse et potentiellement dangereuse. En effet, ces entrevues peuvent servir les intérêts de la justice (voir plus loin) et que la distinction entre les entrevues antérieures et postérieures au dépôt des accusations est susceptible de détourner l'attention de la vigilance nécessaire au maintien de l'objectivité du début à la fin des procédures.

2002 SCC 12 (CanLII)

It is quite clear that there are many public policy reasons for which Crown counsel in some jurisdictions conduct witness interviews, pre-charge. Mr. Abbott and Mr. Gover both testified about efficiencies which are gained by pre-charge screening which protect the repute of the justice system, not only the personal interests of the accused. Complainants also benefit from a single decision to proceed with or avoid laying charges, rather than having to deal with the stress and publicity of a charge and then face the appearance that they have made a spurious accusation if the charge is later withdrawn. In addition, all of the expert witnesses with knowledge of the Crown practice of pre-charge interviewing told of the interests it serves in assessing witness credibility, demeanour and resolve, especially in sexual assault cases. Such pre-charge interviews are even more important when charges are "historic" or when complainants are young.

84 Il est fort clair qu'il existe nombre de considérations de principe expliquant la tenue d'entrevues auprès des témoins avant le dépôt des accusations, par les procureurs de la Couronne de certains ressorts. M^e^ Abbott et M^e^ Gover ont tous deux décrit dans leur témoignage les gains réalisés sur le plan de l'efficacité grâce au filtrage pré-inculpation, qui protège aussi bien la réputation du système de justice que les intérêts personnels de l'accusé. J'ajouterais que les plaignants aussi profitent du fait qu'une seule décision est arrêtée sur l'opportunité d'engager des poursuites ou de ne pas déposer d'accusations, plutôt que de devoir subir le stress et la publicité liés à une accusation, pour ensuite apparaître comme les auteurs de fausses accusations s'il arrive que celles-ci soient retirées plus tard. De plus, tous les témoins experts au fait de la pratique d'entrevues pré-inculpation par le ministère public ont mentionné les avantages qui en découlent en ce qui a trait à l'appréciation de la crédibilité, de l'attitude et de la détermination des témoins, tout particulièrement dans les affaires d'agression sexuelle. Ces entrevues pré-inculpation jouent un rôle encore plus important lorsque les faits reprochés remontent à très longtemps ou dans le cas de jeunes plaignants.

The evidence in this case also exposes the systemic concerns that sexual assault complainants often have. The RCMP report about the Regan investigation is very telling in this regard:

85 La preuve produite en l'espèce expose aussi les préoccupations systémiques qu'éprouvent souvent les victimes d'agression sexuelle. Le rapport de la GRC au sujet de l'enquête sur M. Regan est très révélateur à cet égard :

In some cases, those strongly suspected of being a victim, would not discuss the incident with the investigators, leaving the member with the feeling that the incident had

[TRADUCTION] Dans certains cas, des personnes très susceptibles d'être des victimes ne veulent pas parler de l'incident avec les enquêteurs, donnant à l'agent

taken place however they preferred not to disclose. . . . [some] who were willing to confirm that an offence was committed. . . . are not in a position to become involved in any court process because of . . . the fear of repercussions. . . .

The fact that the suspect, in some cases being the Premier of the Province or in other cases, a high-profile person within the community, coupled with the victim's fear and what the public reaction would be, especially in the 1950's, '60's and '70's, is certainly reason to understand why victims failed to disclose.

(Investigation Report, March 30, 1994, Appellant's Record, at pp. 1068-69)

Complainants may worry of retribution from the alleged assailant, and from their own families and community. They may also fear being "re-victimized" by the court system. They may not feel comfortable making complaints to police, or feel reassured by police regarding confidentiality, or the process in general. The extensive record of discussion between witnesses, police and Crown (see for example: continuation report, Respondent's Record, at pp. 716-18) here shows that, in some cases where police failed to assuage the concerns of some complainants, Crown counsel were successful. The interests of justice are not only served by screening out fruitless complaints but also served by encouraging proper charges to go forward, and by signalling to the larger society that complainants can bring sexual assault charges to the courts without further undue trauma, and that where charges are properly laid, they will be prosecuted.

86 Finally, quite apart from the specific aspects of sexual assault allegations, other examples abound of situations where the interests of justice may be served by the Crown conducting pre-charge interviews. For example: the protection of *Charter* rights during an investigation, cases

l'impression que l'incident a eu lieu même si elles préfèrent ne pas le dénoncer [. . .] [certaines] qui étaient disposées à confirmer qu'une infraction avait été commise [. . .] ne sont pas en position pour s'engager dans quelque processus judiciaire par [. . .] crainte des répercussions . . .

Le fait que le suspect soit, dans certains cas, le premier ministre de la province, ou dans d'autres cas, une personne très en vue au sein de la collectivité, combiné à la crainte de la victime et à la réaction potentielle du public, tout spécialement dans les années 1950, 1960 et 1970, est certainement une raison qui permet de comprendre pourquoi les victimes se sont abstenues de porter plainte.

(Rapport d'enquête, 30 mars 1994, dossier de l'appelant, p. 1068-1069)

Il arrive que des plaignantes craignent des représailles de la part du présumé agresseur, et de leur propre famille ou collectivité. Elles peuvent aussi redouter d'être « victimisées de nouveau » par le système judiciaire. Le dépôt de plaintes à la police peut les rendre mal à l'aise. Les promesses de la police au sujet de la confidentialité ou du processus judiciaire en général ne les rassureront pas toujours. Le long compte rendu des entretiens entre les témoins, la police et le ministère public (voir par exemple : Rapport de continuation, dossier de l'intimée, p. 716-718) indique par endroit que dans les cas où la police avait été incapable d'apaiser les inquiétudes de certaines plaignantes, les procureurs de la Couronne y ont réussi. On sert les intérêts de la justice non seulement en éliminant les plaintes infructueuses, mais aussi en encourageant le dépôt d'accusations bien fondées et en indiquant clairement à la société en général que les plaignantes peuvent dénoncer des agressions sexuelles devant les tribunaux sans s'exposer à de nouveaux traumatismes indus et que, lorsque des accusations sont portées légitimement, des poursuites sont engagées.

Enfin, outre les aspects précis des allégations d'agression sexuelle, on retrouve nombre d'exemples de situations où les intérêts de la justice pourront être bien servis en permettant au ministère public de procéder à des entrevues avant le dépôt des accusations. Ces entrevues pourraient être

2002 SCC 12 (CanLII)

involving jailhouse informants, and cases which have a statutory requirement for Crown consent to the laying of charges.

(e) *The Impact of the Trial Judge's Approach to Policy Issues*

It is also important that the justice system not be and not appear arbitrary. The trial judge explained the "crucial issue" before him as a narrow one: "It involves firstly, the Crown's determination to interview complainants pre-charge and secondly, the impact of that process on the number and types of charges that were ultimately laid" (para. 121). But the determination of the appropriateness of Crown influence on the charging decision based on when Crown interviews are conducted reveals a certain arbitrariness. In the case at bar, the trial judge found abuse because the Crown interviewed complainants before charges were laid. The trial judge found that this extinguished the Crown's objectivity, and he implied that, as a result, more charges were laid than if objectivity had been retained. Yet, if the Crown had waited until after charges were laid to re-interview those complainants who initially had refused to come forward, it would still have been open to the Crown to recommend to police that these additional charges should be laid. It would have remained within police discretion to add charges based on that Crown advice. In fact, the May 30 amendment to the information did add new charges in relation to a new complainant. Yet, again, in the direct indictment, a new complainant was added and other charges were amended or dropped. The conclusion to be drawn from what could have happened and did happen is that the process is a fluid one. The expectation is that both the police and the Crown will act according to their distinct roles in the process, investigating allegations of criminal behaviour, and assessing the public interest in prosecuting, respectively. The exercise of these roles does not seem to be clearly or predictably

particulièrement indiquées dans des cas mettant en jeu la protection de droits garantis par la *Charte* au cours d'une enquête, la situation des indicateurs dans les prisons et les affaires où la loi prescrit l'obtention du consentement du ministère public avant le dépôt d'accusations.

e) *L'incidence de l'approche adoptée par le juge du procès relativement aux considérations de principe*

Il est aussi important que le système de justice ne soit ni ne paraisse arbitraire. Le juge du procès a expliqué que la [TRADUCTION] « question cruciale » dont il était saisi était étroite : [TRADUCTION] « Elle porte en premier lieu sur la détermination du procureur de la Couronne à interroger les plaignantes avant le dépôt des accusations puis, en deuxième lieu, sur l'effet de ce processus sur le nombre et les types d'accusations qui ont finalement été portées » (par. 121). Mais le fait d'apprécier la validité de l'influence exercée par le ministère public sur la décision de porter des accusations en fonction du moment des entrevues dénote un certain arbitraire. En l'espèce, le juge du procès a conclu qu'un abus avait eu lieu parce que le ministère public avait interrogé des plaignantes avant que des accusations soient portées. De ce constat, le juge du procès a inféré que cet élément avait anéanti l'objectivité du ministère public, et il en a déduit que, pour cette raison, un plus grand nombre d'accusations avaient été déposées que si le ministère public avait conservé son objectivité. Pourtant, si le ministère public avait attendu que des accusations soient portées avant d'interroger à nouveau les plaignantes qui avaient à l'origine refusé d'aller de l'avant, il lui aurait toujours été loisible de recommander à la police de déposer ces nouvelles accusations. La police aurait conservé son pouvoir discrétionnaire d'ajouter ces accusations en se fondant sur les conseils du ministère public. En fait, la modification apportée à la dénonciation le 30 mai a effectivement ajouté de nouvelles accusations concernant une nouvelle plaignante. Par ailleurs, dans la mise en accusation directe, une nouvelle plaignante est venue s'ajouter et d'autres accusations ont été modifiées ou retirées. De ce qui aurait pu se passer et de ce qui s'est effectivement passé se dégage la conclusion

87 2002 SCC 12 (CanLII)

altered by whether the formal act of the laying of charges has occurred.

88 The trial judge's more formalistic view might have negative policy consequences. MacDonald A.C.J. said: "The Crown emphasizes the fact that they always interview complainants post-charge in any event. . . . That, with respect, misses the point. The charging decision is crucial. It determines who the complainants will be" (para. 125). This approach, however, does not account for the fact, recognized by the expert witnesses, that in some cases, especially involving sexual assault, complainants may need information from the Crown to properly understand the process in order to decide whether to press charges. In the trial judge's scenario, this could never happen, because Crown counsel would only ever interview complainants who were already pressing charges.

89 There is another negative implication of arbitrarily drawing a hard line at the decision to lay charges. As Rand J. made clear in *Boucher*, *supra*, commitment to the case, belief in the allegations, and the desire to see justice done are not incompatible with objectivity and fairness. Objectivity requires that a rational assessment of facts be brought to bear in making decisions relating to the case. Awareness of one's strong feelings about a case can and should be kept in mind, as a check against tunnel vision. The danger with the trial judge's approach, that of drawing a bright line between pre- and post-charge interviews, is that it risks giving the false impression that remaining personally detached from complainants before charges are laid is the best (or the only necessary) effort to protect objectivity. So how does the

qu'il s'agit d'un processus fluide. Tous s'attendent à ce que la police et le ministère public agissent conformément à leurs rôles respectifs dans le processus, la première procédant aux enquêtes sur des allégations de comportement criminel et le deuxième à l'appréciation de l'intérêt public à ce que des poursuites soient engagées. L'exercice de ces rôles ne semble pas modifié de façon claire ou prévisible du fait que des accusations aient déjà été officiellement déposées ou non.

La vision plus formaliste du juge du procès pourrait entraîner des conséquences négatives en matière de politique judiciaire. Le juge en chef adjoint MacDonald a écrit : [TRADUCTION] « Le ministère public souligne qu'il interroge toujours les plaignantes après le dépôt des accusations de toute façon [. . .] Avec égards, cette affirmation porte à faux. La décision de déposer des accusations est cruciale. Elle détermine qui seront les plaignantes » (par. 125). Cette façon de voir ne tient toutefois pas compte du fait, reconnu par les témoins experts, que les plaignantes peuvent avoir besoin, dans certains cas, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'agressions sexuelles, d'obtenir de l'information du ministère public pour bien comprendre le processus judiciaire afin de décider si elles entendent porter plainte. Dans l'hypothèse retenue par le juge du procès, cela ne pourrait jamais se produire puisque le procureur de la Couronne n'interrogerait que les plaignantes qui auraient déjà porté plainte.

Le fait de tracer arbitrairement une ligne de démarcation très nette à l'étape de la décision de porter des accusations entraîne une autre conséquence négative. Comme le juge Rand l'a exposé clairement dans l'arrêt *Boucher*, précité, l'importance attachée à la poursuite, la foi dans les allégations et le désir que justice soit faite ne sont pas incompatibles avec l'objectivité et l'équité. L'objectivité commande que les décisions prises à l'égard d'une poursuite s'appuient sur une appréciation rationnelle des faits. Il est possible et nécessaire de prendre conscience des forts sentiments que l'on éprouve afin de se prémunir contre le risque d'une vision étroite. La méthode préconisée par le juge du procès, qui exige que soit tracée une ligne de démarcation très nette entre les entrevues antérieures et

2002 SCC 12 (CanLII)

Crown protect objectivity after the charge is laid? As all parties accept, objectivity and fairness is an ongoing responsibility of the Crown, at every stage of the process. The Court of Appeal, respondent and interveners point out that if subjectivity is the inevitable consequence of contact between the Crown and complainant, then even post-charge interviews are problematic because they would undermine Crown objectivity for every decision after these interviews have taken place.

postérieures au dépôt des accusations, comporte un danger : elle risque de créer la fausse impression que le fait de demeurer détaché personnellement des plaignants avant le dépôt des accusations constitue le meilleur moyen (ou le seul moyen nécessaire) pour préserver l'objectivité. Comment le ministère public peut-il alors préserver son objectivité après le dépôt des accusations? Ainsi que le reconnaissent toutes les parties, l'obligation du ministère public de préserver son objectivité et son esprit d'équité représente un devoir continu qui lui incombe à toutes les étapes de la procédure. La Cour d'appel, l'intimée et les intervenants soulignent que, si la subjectivité représentait une conséquence inévitable du contact entre le ministère public et le plaignant, même les entrevues postérieures au dépôt des accusations sont problématiques, parce qu'elles risquent de miner l'objectivité du ministère public à l'égard de chaque décision prise après la tenue d'entrevues.

2002 SCC 12 (CanLII)

Finally, the trial judge's concern about human nature must be addressed. The trial judge held that personal interaction in the form of interviews between the Crown and potential complainants inherently threatens the Crown's ability to be objective, because it is an inevitable fact of human nature that the Crown will become subjectively involved with the facts of the case. In the result, the trial judge found that a bright line should be drawn between pre- and post-charge interviews by the Crown. Yet he also ruled that pre-charge Crown interviews are quite proper for the limited purpose of charge screening, to spare the potential accused from the unnecessary embarrassment and harm to reputation that comes with a criminal charge. This begs the question, however, of how a Crown in such proper pre-charge interviews would be able to overcome the natural impulse to favour the complainants, in order to reach the objective conclusion to recommend against laying charges.

90 Il faut enfin répondre à la préoccupation exprimée par le juge du procès au sujet de la nature humaine. Le juge du procès a cru que l'interaction personnelle sous forme d'entrevues entre le ministère public et des plaignants potentiels menaçait fondamentalement la capacité du ministère public de demeurer objectif, parce qu'il serait inévitable, en raison de la nature humaine, que le ministère public en vienne à percevoir subjectivement les faits de l'espèce. Le juge du procès a donc estimé qu'il fallait tirer une ligne de démarcation très rigide entre les entrevues effectuées par le ministère public avant et après le dépôt des accusations. Il a toutefois aussi reconnu que les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public se justifiaient totalement lorsqu'elles visent l'objectif très restreint de filtrer les accusations, pour éviter à l'accusé éventuel l'embarras inutile et l'atteinte à sa réputation qui découleraient d'une accusation criminelle. On peut toutefois se demander pourquoi, lors de telles entrevues pré-inculpation régulières, le procureur de la Couronne réussirait à dominer sa tendance naturelle à favoriser les plaignants, pour parvenir objectivement à la conclusion de recommander de ne pas déposer d'accusations.

Summing up, the evidence shows that in some Canadian jurisdictions, pre-charge interviews by the

91 En résumé, la preuve démontre que, dans certains ressorts canadiens, le recours à des entrevues

Crown are a regular, even common practice. In these jurisdictions at least, it appears that public policy is served by the practice, and potentially harmful and arbitrary results are avoided by the refusal to draw a hard line at the decision to lay charges, before which Crown counsel may not interview complainants. Viewed in this context, I cannot conclude that wide-ranging pre-charge Crown interviews, *per se*, are an abuse of process.

pré-inculpation effectuées par le ministère public constitue une pratique régulière, voire courante. Dans ces ressorts, à tout le moins, cette pratique semble bien servir l'ordre public et il est possible d'éviter des résultats potentiellement nuisibles et arbitraires en refusant de tirer une ligne de démarcation très nette correspondant à la décision de porter des accusations, avant laquelle le procureur de la Couronne ne pourrait interroger les plaignants. Dans ce contexte, je ne saurais conclure que les entrevues de portée étendue effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations constituent en elles-mêmes un abus de procédure.

(f) *Police Conduct*

f) *La conduite de la police*

92 The trial judge found that the police were "clearly wrong" (para. 86) when they released Regan's name as a suspect, well in advance of any charges. This was in contravention of the express policy of law enforcement agencies that the identity of suspects may be released only after charges have been laid. However, MacDonald A.C.J. added that this lapse was not done in bad faith, and the judge himself further indicated that this police error influenced his finding of abuse of process "to a lesser extent" (para. 132).

Le juge du procès a conclu que la conduite de la police avait été [TRADUCTION] « clairement répréhensible » (par. 86), lorsqu'elle avait communiqué le nom de M. Regan comme suspect, bien avant le dépôt de toute accusation. Cette communication contrevenait à la politique expresse des organismes chargés de l'application de la loi n'autorisant la divulgation de l'identité des suspects qu'après le dépôt des accusations. Le juge en chef adjoint MacDonald a toutefois reconnu que cet écart de conduite n'était pas le fruit de la mauvaise foi et il a précisé que cette erreur de la police ne l'avait incité qu'[TRADUCTION] « à un moindre degré » (par. 132) à conclure à l'existence d'un abus de procédure.

93 This policy was adopted, no doubt, to protect the privacy and other interests of individuals who are merely questioned about a crime, with nothing more. There is no question that such a policy is laudable, and a breach of it should not be condoned. However, other evidence on the record indicates that after this one misstep, the police exercised greater caution in preventing further information leaks until the process was truly public. For example, when the police delivered their investigation report to DPP Pearson, the letter included

Cette politique a sûrement été adoptée afin de protéger le droit à la vie privée et d'autres intérêts des personnes qui sont seulement interrogées au sujet d'un crime, sans plus. Une telle politique est assurément louable et on ne doit pas chercher à en excuser la violation. Toutefois, d'autres éléments de preuve versés au dossier montrent qu'après cet impair, la police a agi avec plus de circonspection afin de prévenir d'autres fuites jusqu'au moment où le processus est vraiment devenu public. Par exemple, lorsque la police a remis son rapport d'enquête au DPC Pearson, la lettre comprenait

a control sheet asking that all persons who have control or access to please sign and date, to establish continuity.

[TRADUCTION] une liste de contrôle demandant à toutes les personnes qui en ont le contrôle ou y ont accès

2002 SCC 12 (CanLII)

Throughout this investigation, the media has been diligent and persistent in obtaining information and for this reason security must remain a priority. I have implemented controls within the R.C.M.Police to limit access. I have not allowed any R.C.M.Police documents, pertaining to this investigation, to be disseminated outside this Headquarters, Halifax Sub Division and the Task Force investigators. Therefore, I am now asking that the same restriction occur within your office and this information be carefully protected.

(Letter from Chief Superintendent Falkingham to DPP Pearson, May 19, 1994)

In addition, the police acceded to Regan's request to hold the arraignment outside Halifax, to try to avoid a media frenzy. In my view, this supports the finding of no bad faith.

I would add that following the dictum in *Blencoe*, the prejudice experienced by the appellant as a result of this early leak — humiliation and stress — cannot be attributed to this police error alone. This impact on Regan was a certainty no matter when his name was finally released in connection with these charges, and there is no question that there was sufficient evidence and subjective belief for the police to ultimately lay at least some of the charges. Furthermore, there is no evidence to suggest that the premature announcement had any effect on the separate question of whether the Crown properly proceeded with the charges. While the media may have been clamouring for information, it does not follow that this put pressure on the authorities to lay any particular number of charges, or any charges at all, for that matter.

For these reasons, I think the trial judge was correct in his finding that this police error either alone or in combination with the Crown conduct discussed above does not rise to the level of egregious abuse. The serious remedy of a stay of proceedings is not an appropriate method to

de bien vouloir la signer et la dater, afin d'établir la continuité. Pendant toute la durée de l'enquête, les médias ont cherché avec diligence et persistance à obtenir de l'information, et pour cette raison, la sécurité doit demeurer une priorité. J'ai mis en œuvre des contrôles au sein de la Gendarmerie afin d'en limiter l'accès. J'ai interdit que tout document de la Gendarmerie, portant sur la présente enquête, circule à l'extérieur de notre quartier général, de la subdivision de Halifax et du groupe de travail. Je demande donc que la même restriction s'applique au sein de votre bureau et que ces renseignements soient soigneusement protégés.

(Lettre du surintendant principal Falkingham au DPC Pearson, 19 mai 1994)

La police a en outre acquiescé à la demande formulée par M. Regan afin que l'interpellation ait lieu à l'extérieur de Halifax, dans un effort pour éviter une foire médiatique. À mon avis, cet élément vient appuyer la conclusion d'absence de mauvaise foi.

94 J'ajouterais également, à la lumière de la remarque incidente faite dans l'arrêt *Blencoe*, que le préjudice subi par l'appelant par suite de cette fuite prématurée — l'humiliation et le stress — ne peut être attribué exclusivement à cette erreur de la police. Cet effet devenait inévitable pour M. Regan, sans égard au moment où son nom a finalement été rendu public en rapport avec les accusations, et il ne fait aucun doute qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve et de raisons d'y croire pour que la police dépose finalement au moins certaines des accusations. De plus, aucun élément de preuve ne laisse entendre que l'annonce prématurée ait eu quelque incidence sur la question distincte de savoir si le ministère public a agi de façon régulière en engageant des poursuites à l'égard des accusations. Les médias pouvaient fort bien réclamer de l'information à grands cris sans que ce facteur ne pousse nécessairement les autorités à porter un certain nombre d'accusations ou quelque accusation que ce soit.

95 Pour ces motifs, je crois que le juge du procès a conclu à bon droit que cette erreur de la police, considérée isolément, ou conjointement avec la conduite susmentionnée du ministère public, n'atteignait pas le niveau d'un abus flagrant. En raison de la gravité de ses conséquences, le remède de la

2002 SCC 12 (CanLII)

denounce or punish past police conduct of this nature.

(g) *Count 16*

96 This count involved a woman who alleged that when she was a 24-year-old political reporter, she was pushed onto a hotel room bed and groped during an interview with then-Premier Regan. At the time of DPP Pearson's assessment of the allegations, this complainant was only willing to be a similar fact witness. Pearson suggested that she be re-interviewed. After a re-interview with police and Crown, this witness decided to press charges.

97 The trial judge was "unsettled" by the laying of this charge because it was factually similar to the Alberta-based incident. From this, MacDonald A.C.J. concluded: "The Crown therefore felt it needed [to lay count 16] so that [the Alberta complainant's] 'story could be told'. . . . Yet the Crown's goal as I see it was to have the jury hear and (presumably act upon) the [complaint of the Alberta woman], a similar fact witness" (paras. 157-58).

98 The trial judge did, however, recognize the validity of count 16 in its own right: "I realize that the Crown nonetheless considers [count 16] to be worthy of prosecuting. Yet I do not find this to be their primary motive" (para. 159). The reason the Crown's motive was improper, in MacDonald A.C.J.'s view, was because of his finding of the Crown's loss of objectivity: "When the Crown interviews pre-charge a certain amount of objectivity is lost. The Crown's critical review of the charge list is gone. Perhaps if the Crown had not been so involved with interviewing witnesses pre-charge, they may have seen all this in a different light" (para. 160).

suspension des procédures ne représente pas une méthode appropriée pour dénoncer ou punir une conduite passée de cette nature de la part de la police.

g) *Le 16e chef d'accusation*

Ce chef d'accusation provient d'une femme qui prétendait avoir été poussée sur un lit et caressée lascivement dans une chambre d'hôtel au cours d'une entrevue que lui aurait accordée M. Regan, qui était alors premier ministre, alors qu'elle était une jeune journaliste politique âgée de 24 ans. Au moment où le DPC Pearson a évalué les allégations, cette plaignante n'était disposée qu'à fournir une preuve de faits similaires. Me Pearson a suggéré qu'elle soit réinterrogée. Après une nouvelle entrevue effectuée par la police et par le ministère public, ce témoin a décidé de porter plainte.

Le juge du procès s'est dit [TRADUCTION] « décontenancé » par le dépôt de cette accusation parce qu'elle portait sur des faits similaires à ceux de l'incident survenu en Alberta. Le juge en chef adjoint MacDonald en a conclu que [TRADUCTION] « [l]e ministère public a par conséquent jugé qu'il lui fallait [déposer le 16e chef d'accusation] afin que "puisse être exposée l'histoire" [de la plaignante de l'Alberta] [. . .] Pourtant, le but du ministère public tel que je le perçois était de faire en sorte que le jury entende (pour vraisemblablement y donner suite) la [plainte de l'Albertaine], témoin de faits similaires » (par. 157-158).

Le juge du procès a toutefois reconnu la validité du 16e chef d'accusation en soi : [TRADUCTION] « Je constate que le ministère public considère néanmoins que [le 16e chef] justifie des poursuites. Pourtant, je ne crois pas que ce soit son motif principal » (par. 159). Selon le juge en chef adjoint MacDonald, le motif du ministère public était inapproprié parce que le ministère public avait perdu son objectivité : [TRADUCTION] « Lorsque le ministère public procède à des entrevues avant le dépôt des accusations, il perd une certaine part d'objectivité. Le ministère public ne porte plus de regard critique sur la liste des accusations. Peut-être que si les procureurs de la Couronne n'avaient pas participé aussi activement aux entrevues avec les témoins avant le dépôt des accusations, ils auraient envisagé toute l'affaire sous un autre angle » (par. 160).

2002 SCC 12 (CanLII)

As I have already discussed, I find that the trial judge's finding of a loss of Crown objectivity cannot be supported by the evidence. This erroneous reading of the facts influenced the holding on count 16. If the trial judge had not started from the premise that the Crown had lost its objectivity, there would have been no justification for the trial judge to find the similarity between count 16 and the Alberta incident as the primary motivation for count 16, virtually ignoring the reasonable and probable grounds for laying count 16 in its own right. Furthermore, as Cromwell J.A. observed, in other respects the trial judge held that there was no improper purpose or *mala fides* underlying the preferral of the direct indictment. The trial judge found a loss of Crown objectivity only at the first charging decision, nearly a year before the direct indictment. Moreover, Cromwell J.A. pointed out, "[t]here is nothing inherently objectionable in the Crown considering questions of the admissibility of evidence and their impact on the prospects of conviction when deciding to proceed with charges" (para. 140). For these reasons I find the trial judge erred in finding an abusive or improper purpose behind the laying of count 16.

99 Comme je l'ai mentionné plus tôt, j'estime que la preuve ne supporte pas la conclusion du juge du procès quant à la perte d'objectivité du ministère public. Cette appréciation erronée des faits a influencé sa décision au sujet du 16e chef d'accusation. S'il n'avait pas retenu comme prémisse que le ministère public avait perdu son objectivité, le juge du procès n'aurait eu aucun motif pour conclure que la similarité entre le 16e chef d'accusation et l'incident albertain représentait la raison principale du dépôt du 16e chef d'accusation, tout en ignorant à toutes fins pratiques les motifs raisonnables et probables qui justifiaient en eux-mêmes la poursuite de déposer le 16e chef. En outre, ainsi que l'a mentionné le juge Cromwell, le juge du procès a conclu sur d'autres points à l'absence de fin illégitime ou de mauvaise foi à l'origine de la décision de procéder par voie de mise en accusation directe. Le juge du procès n'a conclu à la perte d'objectivité du ministère public qu'au stade de la première décision de porter des accusations, soit presque un an avant la mise en accusation directe. De plus, ainsi que l'a souligné le juge Cromwell, [TRADUCTION] « [i]l n'y a rien de fondamentalement répréhensible à ce que le ministère public évalue l'admissibilité de la preuve et son effet sur les perspectives d'obtenir une déclaration de culpabilité lorsqu'il décide de l'opportunité d'engager des poursuites » (par. 140). Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'une fin abusive ou répréhensible avait motivé le dépôt du 16e chef d'accusation.

2002 SCC 12 (CanLII)

(h) *Cumulative Effect of Police and Crown Conduct*

In assessing the cumulative effect of this evidence of Crown and police misconduct, the trial judge concluded that Crown Potts' objectivity was hopelessly lost, and her influence on the case set other well-meaning Crown counsel astray. The trial judge seemed reinforced in this decision because in addition to Potts' judge-shopping comment, he was troubled by "Ms. Potts' perplexing desire to interview all potential complainants" (para. 100).

h) *L'effet cumulatif de la conduite de la police et du ministère public*

100 Lorsqu'il a apprécié l'effet cumulatif de cette preuve de la conduite répréhensible du ministère public et de la police, le juge du procès a estimé que la procureure Potts avait irrémédiablement perdu son objectivité, et que son influence sur l'affaire avait détourné d'autres procureurs bien intentionnés de la bonne voie. Le juge du procès semblait conforté dans sa décision par le doute que lui inspirait, outre le commentaire de Me Potts sur la recherche d'un juge accommodant, le [TRADUCTION] « désir difficile à comprendre qu'avait Me Potts d'interroger toutes les plaignantes potentielles » (par. 100).

101 On close review of the evidence, however, the Crown's intention to re-interview complainants does not seem perplexing at all. Police were of the opinion that a pattern of criminal behaviour emerged from a view of the full picture of the allegations. They disagreed with DPP Pearson's recommendation to lay charges in respect of only four complainants. Police were urging further review and Crown Potts undertook to read the voluminous, detailed investigation reports (which ultimately took her some six months).

102 In the course of that review, Crown Potts indicated that re-interviews would be appropriate, according to notes taken by Staff Sergeant Fraser: "Reports being reviewed by Potts. Interested in meeting with victims" (Fraser notes, August 17 and 18, 1994, Respondent's Record, at p. 501; see also Investigation Report, August 22, 1994, Respondent's Record, at p. 498). These re-interviews were done after DPP Pearson had already advised that the case which proceeded would be strengthened if the unwilling complainants with the more recent allegations would change their mind and come forward. Furthermore, DPP Pearson specifically recommended that six of the unwilling complainants should be interviewed, albeit by police. The police attended with the Crown at these re-interviews and appeared to agree that the joint interviews should be done: "It is now the investigators and the Crown's belief that if these persons could be re-interviewed with both the Crown Prosecutor and police investigator present there would be a greater chance of them changing their minds" (Police Transit Slip, January 17, 1995, Appellant's Record, at p. 1084). Finally, the expert testimony of Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins and Philip Stenning indicated that in a case such as this, it would be very likely that in other provinces, some Crown counsel would interview complainants pre-charge: the allegations of sexual assault were historic, the alleged victims were young at the time of the incidents, the alleged perpetrator was high profile and the case was made further controversial by the involvement of the suspect's political enemy. In this context, I fail to see why a thorough re-interview of

Toutefois, après un examen approfondi de la preuve, l'intention du ministère public de réinterroger les plaignantes ne paraît pas du tout difficile à comprendre. Les agents de police estimaient qu'un modèle de comportement criminel se dégageait du tableau complet des allégations. Ils n'approuvaient pas la recommandation du DPC Pearson de ne porter des accusations qu'à l'égard de quatre plaignantes. Les agents de police préconisaient un examen plus approfondi et la procureure Potts a entrepris de lire des rapports d'enquête volumineux et détaillés (tâche à laquelle elle a consacré quelque six mois en tout).

Au cours de cet examen, la procureure Potts a indiqué qu'il convenait de procéder à de nouvelles entrevues, selon les notes prises par le sergent d'état-major Fraser : [TRADUCTION] « Examen des rapports par M^e^ Potts. Intéressée à rencontrer les victimes » (notes de M. Fraser, 17 et 18 août 1994, dossier de l'intimée, p. 501; voir également le Rapport d'enquête, 22 août 1994, dossier de l'intimée, p. 498). Ces nouvelles entrevues ont été effectuées après que le DPC Pearson eut écrit dans son avis que la poursuite serait renforcée si les plaignantes réticentes à formuler les allégations les plus récentes changeaient d'idée et décidaient d'aller de l'avant. Le DPC Pearson avait en outre recommandé expressément que six des plaignantes réticentes soient interrogées, mais par la police. La police a mené ces nouvelles entrevues avec le ministère public et a semblé convenir qu'il y avait lieu d'y procéder conjointement : [TRADUCTION] « Les enquêteurs et le ministère public croient maintenant que si ces personnes pouvaient être réinterrogées en présence à la fois du procureur de la Couronne et de la police, les chances qu'elles changent d'idée seraient bien meilleures » (fiche de service de la police, 17 janvier 1995, dossier de l'appelant, p. 1084). Enfin, le témoignage d'expert de Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins et Philip Stenning a établi que dans un cas semblable, dans d'autres provinces, le procureur de la Couronne interrogerait très probablement les plaignantes avant le dépôt d'accusations : les agressions sexuelles alléguées remontaient à très longtemps, les prétendues victimes étaient jeunes au moment des incidents, l'auteur prétendu des agressions était une personne

2002 SCC 12 (CanLII)

complainants by the Crown was perplexing, where the Crown would have wanted to assess first-hand the possible charges versus similar fact evidence, and to ensure that complainants fully understood the judicial process before deciding whether to press charges.

From this process, the trial judge seemed to infer that the appellant ended up facing more charges than he otherwise would have. Yet I do not see how re-interviewing the complainants for whom DPP Pearson had already recommended charges could have led to more charges in those cases. In the case of the unwilling and similar fact complainants, Pearson had made no charging recommendation. He did, however, generally recommend that some witnesses be re-approached, and that more recent allegations would strengthen the overall case. As some of these complainants decided to press charges, I do not understand why it was inappropriate to reassess the other cases, even where Pearson had initially recommended against laying charges. And of course, during this process, five new complainants surfaced. It is not known to what extent their allegations cast a new light or raised new questions in relation to the earlier list of complainants. In the end, it appears to me that the police had virtually made their charging decision — they wanted to lay charges in respect of the complete picture. The Crown's interviews appear to have provided a basis on which to make their own charging decision — which was also based on an assessment of the full, revised picture. The re-interviews were done to promote many of the policy reasons discussed above: to fully inform potential complainants of the process, to assess their evidence and credibility, for efficiency in the administration of justice, and for the sake of the appearance of decisive action, taken in an already highly public and controversial case. Finally, as the Pearson charging recommendation was clearly preliminary, it is impossible to know whether, as a result of the

en vue et l'affaire était encore plus controversée du fait de la participation d'un ennemi politique du suspect. Dans ce contexte, je ne vois pas pourquoi une nouvelle entrevue approfondie effectuée auprès des plaignantes par le ministère public était difficile à comprendre. Le ministère public entendait probablement évaluer directement les accusations possibles en regard de la preuve de faits similaires et s'assurer que les plaignantes comprenaient entièrement le processus judiciaire avant de décider s'il convenait de porter des accusations.

103 Le juge du procès a semblé inférer, à partir de ce processus, que l'appelant devait répondre à un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été retenues autrement. Pourtant, je ne saisis pas en quoi le fait d'interroger de nouveau les plaignantes à l'égard desquelles le DPC Pearson avait déjà recommandé qu'on dépose des accusations a pu influer sur la décision d'intenter des poursuites dans ces affaires. Dans le cas des plaignantes réticentes à témoigner et capables d'offrir une preuve de faits similaires, M^e^ Pearson n'avait pas suggéré le dépôt d'accusations, Il avait toutefois suggéré, de façon générale, qu'on entre de nouveau en communication avec certains témoins et s'était dit d'avis que des allégations plus récentes renforceraient la poursuite dans son ensemble. Comme certaines de ces plaignantes ont décidé de porter plainte, je ne comprends pas pourquoi il était répréhensible de réévaluer les autres cas, même si M^e^ Pearson avait à l'origine recommandé qu'on ne porte pas d'accusations. Et, bien sûr, au cours de ce processus, cinq nouvelles plaignantes sont sorties de l'ombre. On ne sait pas dans quelle mesure leurs allégations ont fait ressortir l'affaire sous un jour nouveau ou soulevé de nouvelles questions par rapport à l'ancienne liste de plaignantes. En définitive, il me semble que la police avait pratiquement arrêté sa décision de porter des accusations — elle voulait porter des accusations relativement à l'ensemble du tableau. Les entrevues effectuées par le ministère public semblent lui avoir fourni la base sur laquelle fonder sa propre décision relativement aux accusations — laquelle était aussi fondée sur une appréciation du tableau complet, révisé, des incidents. Les nouvelles entrevues ont été effectuées afin de promouvoir nombre des objectifs de politique judiciaire déjà mentionnés : informer de façon complète les plaignantes sur le processus,

2002 SCC 12 (CanLII)

Crown interviews, the appellant ended up facing more charges.

104 In summary, it is my view that there was no abuse of process in this case. The pre-charge interviews were done in accordance with the common practice of some other provinces, a practice more wide-ranging than the narrow, exceptional to rare practice the trial judge described. Furthermore, the Crown conducted an understandable review of the potential witnesses, in the wake of an early recommendation by DPP Pearson that was not determinative. Given the uncertainty of the charges at that point, it could not be known whether the re-interviews led to more charges than would otherwise have been laid. I conclude that, based on the evidence of judge shopping, pre-charge Crown interviews, the improper police announcement, and the addition of count 16 in the direct indictment, the cumulative effect of these actions, while troubling in some respects, does not rise to the level of abuse of process which is egregious, vexatious, oppressive or which would offend the community's sense of decency and fair play. Moreover, this conduct, even if it did amount to an abuse, did not have an ongoing effect on the accused, which would jeopardize the fairness of his trial. On that basis, I must now turn to the central issue decided by the Court of Appeal, namely the decision to lift the stay of proceedings ordered by the trial judge.

2. Stay of Proceedings

105 Having found an abuse of process under s. 7 of the *Charter* but ruled that it would not affect trial

apprécier leur témoignage et leur crédibilité, accroître l'efficience dans l'administration de la justice et montrer que des mesures concrètes étaient prises, dans une affaire d'un caractère déjà très public et controversé. Enfin, comme la recommandation de M^e^ Pearson sur le dépôt d'accusations n'avait manifestement qu'un caractère préliminaire, il est impossible de déterminer si, par suite des entrevues effectuées par le ministère public, l'appelant a finalement dû répondre à un plus grand nombre d'accusations.

En résumé, j'estime qu'il n'y a pas eu abus de procédure en l'espèce. Les entrevues effectuées avant le dépôt des accusations se sont déroulées conformément à la pratique courante dans certaines autres provinces, pratique de portée plus étendue que celle étroite, exceptionnelle et rare que le juge du procès a décrite. De plus, le ministère public a procédé à une évaluation, facile à expliquer, des témoins potentiels, à la suite d'une recommandation antérieure du DPC Pearson qui n'était pas déterminante. Comme les accusations n'étaient pas arrêtées de façon certaine à ce moment, il était impossible de savoir si les nouvelles entrevues ont entraîné le dépôt d'un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été portées autrement. Compte tenu de la preuve de la recherche d'un juge accommodant, des entrevues effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations, de la divulgation irrégulière de la police et de l'ajout du 16^e^ chef d'accusation lors de la mise en accusation directe, je conclus que l'effet cumulatif de ces actes, bien que préoccupant à certains égards, n'atteint pas le niveau d'un abus de procédure flagrant, oppressif et vexatoire ou qui heurterait le sens de l'équité et du franc-jeu de la société. De plus, même si elle constituait un abus, cette conduite n'a pas eu, sur l'accusé, cet effet persistant qui compromettrait l'équité du procès. Cela dit, j'aborderai maintenant la question centrale tranchée par la Cour d'appel, soit sa décision d'annuler la suspension des procédures ordonnée par le juge du procès.

2. La suspension des procédures

Le juge du procès a conclu à l'existence d'un abus de procédure interdit par l'art. 7 de la *Charte*,

2002 SCC 12 (CanLII)

fairness, the trial judge recognized this put the case in the narrow residual category of abuse where a stay may be granted only in exceptional cases. However, the trial judge misconceived the governing test for a stay of proceedings as outlined in *Tobiass*. At this stage of the analysis, instead of inquiring into whether the abuse would be manifested, perpetuated or aggravated by ongoing proceedings, and then inquiring into whether any remedy other than a stay could cure this ongoing taint, the trial judge focussed his attention only on the final balancing exercise (at paras. 58-59):

> This balancing act, so common to almost everything we do as judges, will play a significant role in my analysis in the case at bar.
>
> In summary, to justify a stay I must ask myself: Are the alleged wrongdoings so unfair to the applicant or so offensive to society so as to render a stay the only reasonable remedy? Is this one of those "*clearest of cases*" or, on the other hand, are there societal interests compelling enough to tip the scales in favour of proceeding? [Emphasis in original.]

This error was further emphasized when the judge turned his mind to the facts of the abuse of process, as he saw them (at para. 133):

> . . . the cumulative effect of these actions would not shock the community's sense of fair play and decency so as to warrant a stay of all charges outright. It is not one of those "*clearest of cases*" that demands a global stay. Some of these charges involve very serious allegations that by their very nature present a strong societal interest to have prosecuted through a full and fair hearing. As was explained in *Tobiass*, *supra*, I find that this "*compelling societal interest . . . tips the scales in favour of proceeding*" with at least some of these charges. [Emphasis in original.]

There was no discussion in the trial judge's reasons of any ongoing impact of the abuse he found. As discussed earlier, the embarrassment to the

mais il a jugé que cet abus n'avait pas d'incidence sur l'équité du procès. Il a reconnu que, de ce fait, l'affaire appartenait à la catégorie résiduelle étroite d'abus de procédure, qui ne peut entraîner une suspension des procédures que dans des cas exceptionnels. Le juge du procès a toutefois mal interprété le critère principal régissant les abus de procédure, qu'a énoncé l'arrêt *Tobiass*. À cette étape de l'analyse, plutôt que de se demander si l'abus serait révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite des procédures, puis si une autre réparation que la suspension pouvait faire disparaître ce préjudice persistant, le juge du procès a concentré son attention uniquement sur l'opération finale de mise en équilibre des intérêts (aux par. 58-59) :

> [TRADUCTION] Cette démarche de mise en balance, si commune à presque toutes les tâches que nous accomplissons en qualité de juges, jouera un rôle important dans mon analyse en l'espèce.
>
> En résumé, pour justifier une suspension, je dois me poser les questions suivantes : les actes fautifs allégués sont-ils à ce point injustes pour le requérant ou offensants pour la société qu'une suspension constitue la seule réparation raisonnable? S'agit-il en l'espèce de l'un des « *cas les plus manifestes* » ou, d'autre part, existe-t-il des intérêts de la société suffisamment irrésistibles pour faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures? [En italique dans l'original.]

106 Cette erreur s'est accentuée lorsque le juge a examiné les faits qui constituaient l'abus de procédure, selon sa vision des choses (au par. 133) :

> [TRADUCTION] . . . l'effet cumulatif de ces actions ne choquerait pas le sens du franc-jeu et de la décence de la société au point de justifier la suspension complète de toutes les accusations. Il ne s'agit pas de l'un des « *cas les plus manifestes* » qui commandent une suspension globale. Certaines de ces accusations impliquent des allégations très graves dont la nature fait que la société a un intérêt pressant à ce qu'elles soient tranchées dans le cadre d'un procès juste et équitable. Pour reprendre l'explication donnée dans l'arrêt *Tobiass*, précité, je juge que cet « *intérêt irrésistible de la société* [. . .] *fait pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures* » relativement à au moins certaines de ces accusations. [En italique dans l'original.

107 Les motifs du juge du procès n'ont pas abordé l'effet persistant de l'abus dont il a constaté l'existence. Tel qu'il a été mentionné plus haut,

2002 SCC 12 (CanLII)

appellant of the premature police announcement was overtaken by the charges which would have been laid in any event. Therefore there was no continuing prejudice from this misconduct. One must also remember that the humiliation flowing from properly laid charges, while unpleasant, is not an abuse of process. As for the trial judge's concern for loss of Crown objectivity, there was no evidence that this was in any way affected by the police misbehaviour. It was also discussed above that the evidence cannot support the inference that Crown pre-interviews or any loss of Crown objectivity inevitably led to the appellant facing more charges. It should be noted that DPP Pearson and the police had expressed a desire to re-interview all but three of the complainants, and that, since then, these three never pressed any charges. Therefore this conduct, even if abusive, cannot be said to be manifested or perpetuated if the process continues. The judge-shopping comment was restricted to one Crown counsel, on one occasion, without further action. In addition, that Crown counsel has long since left the prosecution of this case. Finally, there was simply nothing improper about the inclusion of count 16 in the direct indictment. To speak of ongoing abuse where none was ever apparent makes no sense. All told, even if this conduct did amount to abuse, it falls at the low end of the spectrum of seriousness, and is not significant enough that proceeding in its wake would, in and of itself, shock the community's sense of fairness and decency.

l'embarras causé à l'appelant par l'annonce prématurée de l'enquête a fait place à celui que causait désormais le dépôt d'accusations qui auraient été portées de toute façon. Par conséquent, cette conduite répréhensible n'a causé aucun préjudice persistant. Il faut aussi se rappeler que l'humiliation causée par des accusations portées légitimement, si désagréable qu'elle soit, ne constitue pas un abus de procédure. Quant à la préoccupation du juge du procès au sujet de la perte d'objectivité du ministère public, aucun élément de preuve n'établit que le comportement répréhensible de la police aurait eu un effet quelconque à cet égard. Nous avons déjà vu que la preuve ne peut appuyer l'inférence que les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public ou une perte d'objectivité du ministère public ont inévitablement provoqué une augmentation du nombre d'accusations portées contre l'accusé. Il faut souligner que le DPC Pearson et la police avaient exprimé le désir d'interroger à nouveau toutes les plaignantes sauf trois et que, depuis, ces trois plaignantes n'ont jamais porté plainte. Par conséquent, nul ne peut soutenir que cette conduite, même si elle était abusive, se manifesterait ou se perpétuerait si la procédure se poursuivait. Le commentaire au sujet de la recherche d'un juge plus accommodant ne visait qu'une procureure de la Couronne, à une occasion, sans qu'il lui ait été donné suite. De plus, cette procureure de la Couronne s'était retirée depuis longtemps de la poursuite de l'espèce. Enfin, on ne retrouvait tout simplement rien d'irrégulier dans l'inclusion du 16^{e} chef d'accusation lors de la mise en accusation directe. Parler d'abus persistant lorsqu'on n'a pu en constater aucun n'a guère de sens. Tout compte fait, même si cette conduite constituait un abus, celui-ci se situerait au bas de l'échelle des degrés de gravité et ne serait pas important au point qu'une procédure engagée dans son sillage puisse, en soi, choquer le sens de l'équité et de la décence de la société.

108 Thus, the trial judge fell into error when he ordered the ultimate remedy of a partial stay of a number of charges. The abuse that was found by the trial judge could be and was addressed by remedies other than a stay. Crown Potts was removed

Le juge du procès a donc commis une erreur en accordant la réparation ultime que constitue la suspension partielle de plusieurs accusations. L'abus décelé par le juge du procès pouvait être corrigé par des réparations autres que la suspension des procédures,

2002 SCC 12 (CanLII)

from the prosecution. A Crown not involved with the earlier stages of the case became lead counsel for the prosecution. The police instituted strict measures to maintain confidentiality of the investigation. And ultimately, there was a detailed review of the charges, signed by a new Director of Public Prosecutions when the direct indictment was preferred.

(a) *The Direct Indictment*

For the purposes of assessing any ongoing or lingering effects of the abuse of process found by the trial judge, the majority of the Court of Appeal relied heavily on the direct indictment as evidence of a fresh, objective review of the charges. Cromwell J.A. noted that the trial judge's finding of abuse was at "the charging stage", that is, when the information was sworn on May 30, 1995. The trial judge also found no impropriety in the Crown's decision to prefer the direct indictment. Cromwell J.A. therefore reasoned that even if Crown Potts' involvement in the process, and more generally the Crown's participation in pre-charge interviews, had tainted the process, by the time of the direct indictment, Crown Potts was no longer on the case, and the direct indictment itself amounted to a remedy which cleansed any earlier abuse.

Section 577 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires that the Attorney General or his or her Deputy give personal consent in writing to prefer a direct indictment. It is predictable that there will be variation from office to office and province to province on the actual procedure involved to meet this requirement. I think it is fair to assume, however, that the case at bar would not have been treated as any garden variety, *pro forma* approval of a direct indictment. As Freeman J.A. (dissenting) pointed out, from the outset, this prosecution had been "extraordinary and controversial" (para. 4) as a result of "[t]he prominence of the

et c'est ce qui a été fait. La procureure Potts a été retirée de la poursuite. Un procureur qui n'avait pas participé aux premières étapes de l'instance a été affecté à la poursuite en qualité d'avocat principal. La police a mis en œuvre des mesures strictes pour protéger la confidentialité de l'enquête. Enfin, les accusations ont fait l'objet d'une révision détaillée, signée par un nouveau directeur des poursuites criminelles lors de la mise en accusation directe.

a) *La mise en accusation directe*

109 Pour évaluer si l'abus de procédure constaté par le juge du procès entraînait des effets susceptibles de se perpétuer ou de subsister, la Cour d'appel, à la majorité, s'est en grande partie fondée sur la mise en accusation directe comme preuve d'un nouvel examen objectif des accusations. Le juge Cromwell a relevé que l'abus de procédure décelé par le juge du procès se situait à [TRADUCTION] « l'étape de l'inculpation », c'est-à-dire au moment où la dénonciation a été faite sous serment, le 30 mai 1995. Le juge du procès n'avait, lui non plus, décelé aucune irrégularité dans la décision du ministère public de procéder par voie de mise en accusation directe. Le juge Cromwell en a donc conclu que même si la participation de la procureure Potts à la procédure d'investigation, et plus généralement la participation du ministère public aux entrevues pré-inculpation, avaient entaché le processus judiciaire, à la date de la mise en accusation directe, la procureure Potts n'était plus affectée à l'affaire et la mise en accusation directe constituait en soi une réparation qui corrigeait tout abus antérieur.

110 L'article 577 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige que le procureur général ou le sous-procureur général donne son consentement personnel écrit pour qu'un acte d'accusation puisse être présenté. L'existence d'une certaine diversité d'un bureau à un autre et d'une province à une autre dans la procédure concrète appliquée pour satisfaire à cette obligation est prévisible. Je pense toutefois que l'on peut présumer à bon droit que la présente affaire n'a pas été traitée pour la forme, comme un cas banal de mise en accusation directe. Comme l'a souligné le juge Freeman dans ses motifs de dissidence, cette poursuite avait d'entrée de jeu un

2002 SCC 12 (CanLII)

accused and the high level of media interest in the case" (para. 5).

111 Not only would this sensitive context likely have drawn the close attention of the Attorney General of Nova Scotia (or his or her delegate), but there is direct evidence that the Crown paid close attention to the actual charges contained in the direct indictment. First, one complainant listed on the May 30, 1995 information was completely dropped from the direct indictment. Second, one count under s. 138(2) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, was dropped from the charges in relation to a second complainant. Third, a count in relation to an entirely new complainant was added to the direct indictment. Furthermore, these changes were ultimately approved by Jerry Pitzul, a new Director of Public Prosecutions, who was not involved in the Pearson review, and was not the acting DPP immediately after Pearson left the post.

112 Finally, there is evidence of objectivity at the stage when the Crown was preparing the direct indictment. Two witnesses were interviewed by the Crown a second time in April 1997. In one case, the woman was included as an unwilling witness on the original list that went to DPP Pearson. At this final meeting, she expressed an interest in pressing charges against Regan, but the Crown decided not to include her in the direct indictment. In the other case, the woman had come forward after the Pearson recommendation with another, similar allegation against the accused. At that time, and at the time of the direct indictment, she was unwilling to get involved in the proceedings, and no charge was laid.

(b) *Balancing a Stay Against Proceeding to Trial*

113 Even if one assumes that by applying the proper test the trial judge had found an ongoing abuse

caractère [TRADUCTION] « extraordinaire et controversé » (par. 4) parce que [TRADUCTION] « [l]'accusé était une personne en vue et que les médias portaient un très grand intérêt à l'affaire » (par. 5).

Non seulement il est probable que ce contexte délicat a attiré l'attention minutieuse du procureur général de la Nouvelle-Écosse (ou de son délégué), mais une preuve directe établit que le ministère public a examiné minutieusement les accusations contenues dans la mise en accusation directe. En premier lieu, une plaignante dont le nom figurait sur la dénonciation du 30 mai 1995 a été complètement exclue de la mise en accusation directe. En deuxième lieu, un chef d'accusation en vertu du par. 138(2) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, a été retiré des accusations portées à l'égard d'une deuxième plaignante. En troisième lieu, un chef se rapportant à une toute nouvelle plaignante a été ajouté à la mise en accusation directe. De plus, ces modifications ont reçu l'approbation finale de Jerry Pitzul, nouveau directeur des poursuites criminelles, qui n'avait pas participé à l'examen effectué par M^e^ Pearson ni occupé ce poste par intérim immédiatement après le départ de ce dernier.

Enfin, des éléments de preuve confirment l'existence de l'objectivité requise à l'étape de la préparation de la mise en accusation directe par le ministère public. Deux témoins ont été interrogés par le ministère public une deuxième fois en avril 1997. Dans un cas, la plaignante avait été incluse comme témoin réticente sur la liste originale qui avait été soumise au DPC Pearson. Au cours de cette dernière rencontre, elle s'est dite intéressée à porter plainte contre M. Regan, mais le ministère public a décidé de ne pas l'inclure dans la mise en accusation directe. Dans l'autre cas, la plaignante s'était manifestée après la recommandation de M^e^ Pearson avec une autre allégation, similaire, contre l'accusé. À ce moment, comme lors de la mise en accusation directe, elle ne voulait pas prendre part aux procédures, et aucune accusation n'a été portée.

b) *Mise en balance d'une suspension et de la poursuite de l'instance*

Même dans l'hypothèse où le juge du procès, en appliquant le critère qui convenait, aurait

2002 SCC 12 (CanLII)

which could only be remedied by a stay, the cumulative effect of the abuse still left some question about whether this was one of those clearest of cases warranting a stay. Indeed, that prompted the trial judge's charge-by-charge balancing analysis. Yet in his balancing analysis, the trial judge omitted some significant issues relevant to the public interest.

conclu à l'existence d'un abus persistant qui ne pourrait être corrigé que par une suspension des procédures, l'examen de l'effet cumulatif de l'abus laissait encore en suspens la question de savoir s'il s'agissait bien d'un des cas les plus manifestes justifiant une suspension. C'est, en fait, ce qui a incité le juge à procéder à une mise en balance des intérêts pertinents, particulière à chaque accusation. Néanmoins, dans cette mise en équilibre des intérêts, le juge du procès a omis certains facteurs pertinents à l'égard de l'intérêt public.

2002 SCC 12 (CanLII)

The trial judge "afforded significant deference" (para. 141) to the Pearson charging recommendation when reaching his conclusion about staying half of the total charges. In fact, the decision to proceed with charges relating to only four complainants directly reflected DPP Pearson's advice. The trial judge explained that he was so highly influenced by Pearson's position because "the Crown should not be seen to significantly change its position without valid reason" (para. 135). The trial judge, however, did not seem to consider the inconclusive nature of the Pearson recommendation. First, the Pearson letter advised that the case would be strengthened if more complainants with more recent allegations were willing to come forward. Second, the Pearson letter specifically recommended that four complainants be re-interviewed. Police did re-interview those women, and others, accompanied by a Crown counsel. As a result, more women came forward, willing to lay charges. This constituted a valid reason to alter the original opinion regarding charges. Finally, the letter indicated that it was entirely within police discretion to accept or ignore the Pearson recommendation, and it was also open to the Crown to reconsider which charges to proceed with, following the police charging decision. These qualifications all signify a Crown recommendation which anticipated the possibility of change — not one which was etched in stone. As a result of new complainants surfacing, of further interviews, and ongoing consideration of the charges by both police and the Crown, a charging decision was made which included the Pearson recommendation as well as additional charges. There was no reason to assume that the Pearson view of the

114 Le juge du procès a [TRADUCTION] « traité avec une grande retenue » (par. 141) la recommandation de M^e^ Pearson concernant l'inculpation lorsqu'il a décidé de suspendre la poursuite à l'égard de la moitié des chefs d'accusation. En fait, sa décision de laisser la poursuite suivre son cours à l'égard des chefs d'accusation liés à quatre plaignantes seulement reflétait directement l'avis du DPC Pearson. Pour expliquer l'influence de la recommandation de M^e^ Pearson sur sa décision, le juge du procès a invoqué le principe selon lequel [TRADUCTION] « le ministère public ne devrait pas pouvoir changer sa position de façon importante sans raison valable » (par. 135). Le juge du procès ne semble toutefois pas s'être soucié du fait que la recommandation de M^e^ Pearson n'était pas décisive. En premier lieu, la lettre de M^e^ Pearson précisait que la poursuite serait renforcée si un plus grand nombre de plaignantes, auteurs d'allégations plus récentes, étaient disposées à agir. En deuxième lieu, la lettre de M^e^ Pearson recommandait expressément que quatre autres plaignantes soient réinterrogées. La police a interrogé de nouveau ces plaignantes, de même que d'autres plaignantes, en compagnie d'un procureur de la Couronne. En conséquence, un nombre accru de femmes se sont déclarées disposées à porter plainte. Il existait donc une raison valable de modifier l'opinion initiale concernant l'inculpation. Enfin, la lettre indiquait que la police demeurait totalement libre d'accepter ou d'écarter la recommandation de M^e^ Pearson, et que le ministère public conservait tout son pouvoir discrétionnaire de réexaminer les accusations à l'égard desquelles des poursuites devraient être engagées, à la suite de la décision de la police concernant l'inculpation. Ces réserves indiquent qu'on s'attendait à ce que la recommandation du

matter was the Crown's final or most appropriate view.

115 The trial judge's differentiation between the charges he stayed and those he did not also reflected DPP Pearson's view of the "seriousness" of the alleged offences. As discussed above, the Pearson view emphasized physical invasiveness and overlooked the complainants' age, and their socially subordinate and relatively powerless positions in relation to the accused. The Pearson view also reflected the notion of social acceptance (as opposed to illegality) of the alleged crimes some 30 to 40 years ago. Charges brought before a modern court should not be trapped in a social time warp. Once it is determined that past behaviour was an apparent violation of the contemporary law, then the benefit of current social mores should be brought to bear in assessing the advisability of pursuing charges. This approach is especially significant when sexual assault charges are at issue. This Court has recognized the disadvantage that women victims have suffered as a result of stereotypes in society and the justice system. (See, for example, *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *O'Connor*, *supra*; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, [2000] 2 S.C.R. 443, 2000 SCC 46.) Without revisiting the thoughtful consideration of those judgments in the current case, it suffices to say that those gains would amount to nothing if modern charges of sexual assault for historic acts are viewed with blinkers and through a looking glass that sees an old stereotypic view rather than an enlightened one. It is not for this Court to judge the Crown's assessment of social interests in proceeding with historic sexual assault charges. It is, however, appropriate for this Court to review lower court decisions according to the standards of modern jurisprudence. Furthermore,

ministère public puisse être modifiée — et non à ce qu'elle demeure immuable. Après l'arrivée de nouvelles plaignantes, la tenue de nouvelles entrevues et l'examen continu des chefs d'accusation à la fois par la police et par le ministère public, une nouvelle décision a été prise quant à l'inculpation, laquelle englobait la recommandation de M^e^ Pearson ainsi que des accusations additionnelles. Rien ne permet de présumer que la perception de M^e^ Pearson sur la question constituait le point de vue final ou le plus juste du ministère public.

La distinction établie par le juge du procès entre les accusations qu'il a suspendues et celles qu'il a maintenues s'inspirait aussi de l'appréciation, par le DPC Pearson, de la « gravité » des infractions reprochées. Tel que mentionné plus haut, l'opinion de M^e^ Pearson mettait l'accent sur l'atteinte à l'intégrité physique et ne tenait pas compte de l'âge des plaignantes, ni de leur position sociale de subordination et d'impuissance relative par rapport à celle de l'accusé. Le point de vue de M^e^ Pearson reflétait aussi la notion de l'acceptabilité sociale (par opposition à l'illégalité) des crimes reprochés quelque 30 ou 40 ans plus tôt. Les accusations portées devant un tribunal moderne ne devraient pas être figées dans les perceptions sociales du passé. Dès qu'il est établi qu'un comportement passé constituait une violation apparente de la loi contemporaine, l'éclairage des mœurs sociales courantes devrait acquérir un certain poids dans l'appréciation de l'opportunité d'engager des poursuites. Cette façon de voir revêt une importance particulière dans le cas des accusations d'agression sexuelle. Notre Cour a reconnu les désavantages que subissent les femmes victimes en raison des stéréotypes véhiculés dans la société et dans le système de justice. (Voir, par exemple, *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *O'Connor*, précité; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443, 2000 CSC 46.) Sans reprendre un examen approfondi de ces jugements en l'espèce, il suffit de rappeler que ces gains ne signifieront pas grand-chose si les accusations d'agression sexuelle déposées aujourd'hui relativement à des actes criminels anciens sont examinées avec des œillères, à travers le prisme d'une vision désuète et stéréotypée plutôt qu'à l'aide d'un regard neuf et éclairé.

2002 SCC 12 (CanLII)

when exercising their discretion to grant a stay, courts are bound to consider all significant factors, a requirement by which the Crown is not bound when making its charging decisions. It was not sufficient for the trial judge to merely follow the course set by DPP Pearson.

There are many societal interests engaged by this case, which the trial judge failed to factor into the balance. Victims of sexual assault must be encouraged to trust the system and bring allegations to light. As the police saw it, there is evidence of a pattern of an assailant sexually attacking young girls and women who were in a subordinate power relationship with the accused, in some cases bordering on a relationship of trust. When viewed in this light, the charges are very serious and society has a strong interest in having the matter adjudicated, in order to convey the message that if such assaults are committed they will not be tolerated, and that young women must be protected from such abuse. In omitting to consider any of these issues which favour proceeding with charges, the trial judge's discretion was not fully exercised and therefore cannot stand.

D. *Standard of Review*

The decision to grant a stay is a discretionary one, which should not be lightly interfered with: "an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice" (*Tobiass*, *supra*, at para. 87; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375). Furthermore, where a trial judge exercises her or his discretion, that decision

Il n'appartient pas à notre Cour de juger de l'appréciation par le ministère public des intérêts de la société à ce que des poursuites soient engagées à l'égard d'accusations d'agression sexuelle anciennes. Notre Cour peut toutefois contrôler les décisions des tribunaux d'instance inférieure en fonction des normes de la jurisprudence moderne. De plus, lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures, les tribunaux doivent tenir compte de tous les facteurs importants, obligation à laquelle le ministère n'est pas tenu lorsqu'il prend la décision de porter des accusations. Le juge du procès ne pouvait donc se contenter de suivre la démarche établie par le DPC Pearson.

116 En l'espèce, le juge du procès a omis de mettre en balance de nombreux intérêts de la société qui se trouvaient pourtant engagés. Les victimes d'agression sexuelle doivent être encouragées à faire confiance au système et à porter plainte. La police a décelé dans la preuve la tendance d'un agresseur sexuel à s'attaquer à de jeunes filles et à de jeunes femmes qui se trouvaient dans une position de subordination face à l'accusé, voire, dans certains cas, à la limite d'une relation de confiance. Vues sous cet angle, les accusations restent très graves et la société conserve un intérêt pressant à ce que ces accusations soient jugées, pour indiquer clairement que de telles agressions ne seront pas tolérées et que les jeunes femmes doivent être protégées de tels abus. En omettant de considérer ces facteurs qui militent en faveur de la continuation des poursuites, le juge du procès n'a pas exercé pleinement son pouvoir discrétionnaire et, partant, sa décision doit être infirmée.

D. *La norme de contrôle*

117 La décision d'accorder une suspension des procédures est une décision de nature discrétionnaire qui ne peut être modifiée à la légère : « une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Tobiass*, précité, par. 87; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S.

2002 SCC 12 (CanLII)

cannot be replaced simply because the appellate court has a different assessment of the facts (*Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; see also *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507).

118 This does not mean, however, that the trial judge is completely insulated from review. It is settled law that where the "trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts", the decision based on these facts may be reversed (*Kathy K*, at p. 808). In the present case, I find that the trial judge made palpable and overriding factual errors which set his assessment of the facts askew. I also find that he misdirected himself regarding the law for granting a stay by overlooking key elements of the analysis, thereby committing an error which was properly reversed by the Court of Appeal.

1. Error of Fact

119 I find that the trial judge's characterization of the scope of pre-charge interviewing done across the country was narrower than the expert evidence indicates. The trial judge concluded (at para. 117):

> Based upon my review of all of the above expert evidence, it seems to me that the scope of pre-charge Crown interviewing in this country is a very narrow one. It ranges from non-existent to rare. On the occasions when it is performed, it serves as a screen designed to protect an accused from going through the embarrassment (humiliation) of being charged only to later have the charges dropped or stayed.

He characterized the practice of pre-charge interviewing conducted by Crowns in New Brunswick, Quebec and British Columbia as "Crown pre-charge screening" (para. 120). By this, MacDonald A.C.J. meant that the only acceptable form of Crown pre-charge meetings with complainants occurs when the Crown is motivated solely by a desire to benefit the

1367, p. 1375). De plus, lorsqu'un juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire, la cour d'appel ne peut y substituer sa propre décision uniquement parce qu'elle arrive à une appréciation différente des faits (*Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; voir également *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507).

Cela ne signifie toutefois pas que le juge du procès se trouve entièrement à l'abri de tout contrôle. Selon un principe juridique bien établi, lorsque le « juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits », la décision fondée sur ces faits peut être modifiée (*Kathy K*, p. 808). En l'espèce, je conclus que le juge du procès a commis des erreurs factuelles manifestes et dominantes qui ont faussé son appréciation des faits. Je conclus aussi qu'il s'est fondé sur des considérations erronées en droit pour suspendre les procédures en omettant de tenir compte d'éléments clés de l'analyse, commettant ainsi une erreur que la Cour d'appel a corrigée à bon droit.

1. L'erreur de fait

J'estime que le juge du procès a attribué aux entrevues pré-inculpation pratiquées à l'échelle du pays une portée plus étroite que celle révélée par la preuve d'expert. Le juge du procès a tiré la conclusion suivante (au par. 117) :

> [TRADUCTION] À partir de mon examen de toute la preuve d'expert susmentionnée, il me semble que la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public dans notre pays a une portée très étroite. Elle est inexistante ou rare. Lorsqu'on y a recours, elle sert de filtre destiné à protéger l'accusé de l'embarras (l'humiliation) d'être accusé, dans l'hypothèse où les accusations portées contre lui seraient retirées ou suspendues plus tard.

Selon lui, la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique constitue un [TRADUCTION] « mécanisme de filtrage pré-inculpation par le ministère public » (par. 120). Le juge en chef adjoint MacDonald entendait par là que seules les entrevues qu'effectue le ministère public

2002 SCC 12 (CanLII)

accused by screening out frivolous or unsustainable charges. The evidence of Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins and Philip Stenning clearly contradicts this. Pre-charge interviews in New Brunswick are done for a variety of policy reasons, only one of which is the protection of the potential accused. Furthermore, even in Ontario where the practice of Crown pre-charge interviewing is the most circumscribed, it does occur on a regular basis. The trial judge, with respect, was therefore in error when he ruled that "pre-charge Crown interviewing in this country is . . . non-existent to rare" (para. 117). The evidence before him disclosed that Crown pre-charge interviews range from a regularly although infrequently exercised practice in Ontario, to a commonly practised procedure in New Brunswick. While the practice is not used in every case, it appears that it is typically used in cases of sexual assault, especially when allegations are historic, the complainant is young, or there is some other reason for specific concern about the strength of the evidence. This palpable error of fact had significant ramifications on the trial judge's reasoning. Based on his erroneous view, he found the Crown's conduct in this case at variance with standard practice across the country and therefore improper. From this impropriety he deduced a loss of objectivity in the Crown's decision to proceed with charges, and from that finding, he concluded that there was an abuse of process, where the other examples of police and Crown misconduct alone would not have risen to the level of procedural abuse where a stay might be warranted.

dans le but de protéger l'accusé en filtrant les accusations frivoles ou non étayées par la preuve seraient admissibles à l'étape antérieure à l'inculpation. Les dépositions de Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins et Philip Stenning contredisent clairement cette hypothèse. Il se pratique des entrevues pré-inculpation au Nouveau-Brunswick pour diverses raisons de politique, notamment, et non exclusivement, pour protéger l'accusé potentiel. De plus, même en Ontario, où la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public est la plus limitée, on y a recours régulièrement. Avec égards, le juge du procès a donc commis une erreur en constatant que [TRADUCTION] « la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public dans notre pays [. . .] est inexistante ou rare » (par. 117). La preuve qui lui a été soumise révélait que la tenue d'entrevues pré-inculpation par le ministère public constitue une pratique qui varie entre un usage régulier, bien que peu fréquent en Ontario, et une utilisation courante au Nouveau-Brunswick. Même si on n'a pas recours à cette pratique dans toutes les affaires, il appert qu'on l'applique typiquement dans les cas d'agression sexuelle, tout particulièrement lorsque les allégations portent sur des faits qui remontent à très longtemps, que les plaignants sont jeunes ou que d'autres facteurs soulèvent un doute particulier quant à la force probante de la preuve. Cette erreur de fait manifeste a eu des incidences importantes sur le raisonnement du juge du procès. Sur la base de cette perception erronée, il a estimé que la conduite du ministère public en l'espèce entrait en conflit avec la pratique habituelle à l'échelle du pays et, en conséquence, était irrégulière. De cette irrégularité, il a déduit une perte d'objectivité dans la décision du ministère public d'engager des poursuites relativement aux chefs d'accusation et, à partir de cette constatation, il a conclu à l'existence d'un abus de procédure, alors que les autres exemples de conduite répréhensible de la police et du ministère public n'atteignaient pas isolément le niveau d'un abus de procédure susceptible de justifier une suspension.

In addition, I find a second factual error in the trial judge's reasoning. Without ever explicitly stating it, the trial judge implies that the loss of objectivity was abusive because it meant that the appellant ultimately faced more charges. No evidence can be

120

Je décèle en outre une deuxième erreur de fait dans le raisonnement du juge du procès. Sans jamais l'affirmer explicitement, le juge du procès laisse entendre que la perte d'objectivité était abusive parce qu'elle faisait en sorte que l'appelant a

2002 SCC 12 (CanLII)

found to support this deduction. The recommendations of DPP Pearson were clearly given as part of a charging decision still in flux. Pearson stated that the police were not bound to follow his advice, nor was the Crown bound to proceed with any charges which the police decided to lay. Pearson expressly recommended that some complainants be reinterviewed and he suggested that more charges would strengthen the case. Finally, he could not have anticipated that five new complainants would come forward, subsequent to his charging recommendation (three of whom ultimately accepted that the Crown proceed with charges). All of these facts point to the conclusion that the Pearson recommendation to proceed with charges related to four complainants was an interim one, and that it would be impossible to know whether the process which followed the Pearson recommendation resulted in the appellant facing more charges — more charges in relation to what? However, this erroneous factual finding was a palpable error which served as a springboard for the trial judge to find an abuse of process, and to launch into the case-by-case assessment of which charges should be stayed. At any rate, it could not have been inappropriate to lay additional charges if they had an adequate factual foundation and probable cause could be ascertained.

finalement dû répondre à un plus grand nombre d'accusations. Aucun élément de preuve ne vient appuyer cette déduction. Le DPC Pearson a manifestement formulé ses recommandations dans le cadre d'un processus décisionnel encore inachevé concernant l'inculpation. M^e^ Pearson a précisé que la police n'était pas tenue de suivre son avis, ni le ministère public d'engager des poursuites à l'égard des accusations que la police déciderait de porter. M^e^ Pearson a expressément recommandé que certaines plaignantes soient réinterrogées et il s'est dit d'avis qu'un plus grand nombre d'accusations viendrait renforcer la poursuite. Enfin, il ne pouvait prévoir que cinq nouvelles plaignantes sortiraient de l'ombre après ses recommandations relatives à l'inculpation (dont trois ont finalement accepté que le ministère public engage des poursuites). Tous ces faits mènent à la conclusion que la recommandation de M^e^ Pearson de porter des accusations relativement à quatre plaignantes conservait un caractère provisoire, et qu'il serait impossible de savoir si le processus qui a suivi la recommandation de M^e^ Pearson a eu pour résultat qu'un plus grand nombre d'accusations ont été portées contre l'appelant — un plus grand nombre par rapport à quoi? Cette conclusion de fait erronée constituait toutefois une erreur manifeste dont le juge du procès s'est servi comme d'un tremplin pour conclure à l'existence d'un abus de procédure et entreprendre un examen cas par cas des accusations qui devaient être suspendues. Quoi qu'il en soit, le dépôt de nouvelles accusations ne pouvait devenir irrégulier si elles étaient suffisamment étayées par les faits et si des motifs probables pouvaient être établis.

2. Error of Law

121 In addition, the trial judge misdirected himself on the test for granting a stay. By incorrectly emphasizing the balancing stage, weighing the interests flowing from a stay against the public interest in proceeding, he skipped over the key assessment of whether the abuse (as he so found it) would be manifested, perpetuated or aggravated in the proceedings if they continued. He also ignored the step of the analysis which requires that other remedies be considered.

2. L'erreur de droit

De plus, le juge du procès a commis une erreur de droit dans son appréciation du critère applicable à la suspension des procédures. En accordant à tort une trop grande importance à l'étape de la mise en balance, lorsqu'il a soupesé les intérêts découlant d'une suspension et l'intérêt public à ce que les procédures se poursuivent, il a omis de trancher la question clé de savoir si l'abus (qu'il avait décelé) serait révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite si celle-ci n'était pas suspendue. Il est aussi passé outre l'étape de l'analyse qui commande l'examen d'autres réparations.

2002 SCC 12 (CanLII)

I agree with the Court of Appeal that if the trial judge had properly applied the law, he would have concluded that the abuse that he had identified was not ongoing, and that indeed, the remedies of removing Crown Potts from the prosecution and of recognizing, in the circumstances of this case, the direct indictment as a fresh, objective review of the charges put an end to any lingering doubt that the appellant was continuing to face a prosecution that was abusive, vexatious, oppressive or in any way an affront to decency and fair play.

Finally, if after having properly undertaken this analysis, the trial judge had still been in doubt as to whether a stay of proceedings was the proper remedy for the abuse of process he found, the balancing exercise which he ultimately undertook was also erroneous. The *Tobiass* test instructs that in such circumstances, the benefits of a stay must be considered in relation to the benefits of continuing the process. An egregious act of misconduct can overtake some passing public concern, but, in other circumstances, a compelling societal interest in proceeding can tip the scales against granting a stay. By the trial judge's own assessment, the case of abuse before him was not egregious enough to warrant a global stay of all the charges. Yet this less serious example of abuse was not fully weighed against the compelling societal interests in signalling that allegations of sexual abuse of young, vulnerable girls and women will be heard, in encouraging all sexual assault complainants to trust the system and come forward, and in protecting the repute of a system of justice that is sensitive to these allegations of crime and the difficulties faced by the complainants who make them. If the societal factors had been fully weighed, the balancing exercise would have led to the conclusion that not one of these allegations was among the clearest of cases where a stay of proceedings was appropriate.

122 Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que le juge du procès, s'il avait appliqué correctement la loi, aurait conclu que l'abus qu'il avait décelé ne se perpétuait pas. En effet, le retrait de la procureure Potts de la poursuite et la reconnaissance, dans les circonstances de l'espèce, de la mise en accusation directe comme un nouvel examen objectif des accusations dissipaient tout doute résiduel quant au risque que l'appelant continue à être soumis à une poursuite qui aurait été abusive, vexatoire, oppressive ou qui, de quelque façon, aurait heurté le sens de l'équité et de la décence.

123 Enfin, si après avoir effectué adéquatement cette analyse, le juge du procès n'avait toujours pas acquis la certitude que la suspension des procédures représentait la réparation appropriée pour corriger l'abus de procédure qu'il avait décelé, la mise en balance qu'il a entreprise était aussi erronée. Le critère énoncé dans l'arrêt *Tobiass* prévoit que, en pareil cas, les avantages découlant d'une suspension des procédures doivent être considérés en regard de ceux qui découleraient de la continuation du procès. Un acte d'inconduite extrêmement grave peut primer sur une préoccupation publique du moment, mais dans d'autres circonstances, l'intérêt irrésistible de la société dans le déroulement d'une poursuite peut faire pencher la balance du côté opposé à la suspension des procédures. D'après sa propre appréciation, le juge du procès était saisi d'un cas d'abus qui n'était pas suffisamment grave pour justifier une suspension globale des procédures relativement à tous les chefs d'accusation. Pourtant ce cas d'abus moins grave n'a pas été soupesé entièrement en regard des intérêts incontournables de la société à démontrer que les allégations d'agression sexuelle de jeunes filles et de jeunes femmes vulnérables seront entendues, à encourager les victimes d'agression sexuelle à faire confiance au système et à se déclarer, ainsi qu'à protéger la réputation d'un système de justice sensible à ce type d'allégations et aux difficultés auxquelles doivent faire face les plaignantes qui les formulent. Si ces facteurs sociaux avaient été appréciés dans leur intégralité, la démarche de mise en balance aurait conduit à la conclusion qu'aucune des allégations n'appartenait à la catégorie des cas les plus manifestes dans lesquels il convient de suspendre les procédures.

2002 SCC 12 (CanLII)

VII. Conclusion

124 As Freeman J.A., dissenting, put it: "On the hearing of the application for the stays, it was incumbent on the appellant to establish not only that he was entitled to a duty of objectivity on the part of the Crown in making its prosecuting decision, but that the duty was infringed so seriously that only a stay of proceedings could remedy the harm." There is no question, and the Crown readily concedes, that the principles of fairness and fundamental justice entitle an accused to a duty of objectivity exercised by the Crown in deciding to prosecute. However, even if the trial judge was correct in finding an abuse of process, when the facts at bar are correctly understood, and when the proper test for granting a stay of proceedings is applied, the appellant fails to establish that the Crown's duty of objectivity was infringed so seriously, either by the police, Crown Potts, or the Crown's involvement in pre-charge interviews, that only a stay can remedy the harm.

125 For these reasons I would dismiss the appeal.

The reasons of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. were delivered by

126 BINNIE J. (dissenting) — This is an appeal from the discretionary order of Michael MacDonald A.C.J., who stayed the prosecution of nine charges of indecent assault against the appellant while permitting nine more serious charges to proceed. It was his view, after an 18-day hearing, that Crown prosecutors had manifested such a lack of objectivity in seeking the conviction of a prominent politician "at all costs" as to taint the integrity of the administration of justice in Nova Scotia. We ought to defer to his factual conclusions, in my opinion.

127 In the two most serious situations, which were allowed to proceed, the appellant was charged with

VII. Conclusion

Ainsi que l'a écrit le juge Freeman, dans ses motifs de dissidence, [TRADUCTION] « [à] l'audition de la requête en suspension, il incombait à l'appelant d'établir non seulement que le ministère public avait envers lui l'obligation de faire preuve d'objectivité en prenant la décision d'engager des poursuites, mais également qu'il avait manqué si gravement à cette obligation que seule une suspension des procédures pouvait remédier au préjudice. » Il ne fait pas de doute et le ministère public reconnaît volontiers que, par application des principes d'équité et de justice fondamentale, le ministère public assume, envers l'accusé, une obligation d'objectivité dans sa décision d'engager des poursuites. Toutefois, même si le juge du procès a conclu à bon droit à l'existence d'un abus de procédure, lorsque les faits de l'espèce sont interprétés correctement et que le critère adéquat régissant la suspension des procédures est appliqué, l'appelant ne peut établir un manquement si grave à l'obligation d'objectivité du ministère public, imputable à la police, à la procureure Potts ou à la participation du ministère public aux entrevues pré-inculpation, que seule une suspension peut remédier au préjudice.

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

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Il s'agit d'un pourvoi contre l'ordonnance discrétionnaire du juge en chef adjoint Michael MacDonald qui a suspendu la poursuite relativement à neuf accusations d'attentat à la pudeur portées contre l'appelant, tout en permettant que neuf autres accusations plus graves suivent leur cours. Après 18 jours d'audience, le juge était d'avis que, dans leur tentative d'obtenir la condamnation « à tout prix » d'un homme politique en vue, les procureurs de la Couronne avaient fait preuve d'un manque d'objectivité tellement grave qu'il portait atteinte à l'intégrité de l'administration de la justice en Nouvelle-Écosse. Je suis d'avis que nous devrions faire preuve de retenue à l'égard de ses conclusions de fait.

Dans les deux cas les plus graves où les procédures n'ont pas été suspendues, l'appelant était accusé

2002 SCC 12 (CanLII)

rape (and attempted rape) and unlawful confinement. In a third situation, which also went to trial, he was charged with exposing his penis to a babysitter while grabbing her hand when driving her home. These charges involved teenage girls, one barely 14 years of age, about half the appellant's age at the time.

A Nova Scotia jury subsequently acquitted the appellant of all eight charges that have thus far gone to trial. One charge of indecent assault is outstanding.

The trial judge was favourably impressed by the opinion of the then Director of Public Prosecutions in Nova Scotia, Mr. John Pearson, when advising the RCMP in 1994 prior to the commencement of any proceedings. Mr. Pearson concluded that while the more serious charges should proceed against the appellant, the prosecution of the less serious charges (that are now 24 to 34 years old) "may be seen as 'persecution' in light of the facts, the staleness of the offences and the relatively insignificant sentence, which could be anticipated if convictions were entered". While Mr. Pearson did not say so, it appears he viewed the "lesser" incidents as matters that might have proceeded at the earlier time on summary conviction, in which case the applicable limitation period would have been six months.

The appellant claims that because of strong criticism of the Nova Scotia prosecutors' service in the case of Donald Marshall who served 11 years in jail for a crime he did not commit, and the controversies related to prosecutions arising out of the Westray mining disaster (discussed in part in *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537), the prosecutors failed in this case to perform their constitutional role as a check and balance on police power. In their determination not to be seen to be favouring the appellant, a former Premier of Nova Scotia, they leaned over backwards and denied him the "hard objective second look (at the charging decision)" ((1998), 21 C.R. (5th) 366, at para. 122) to which every citizen,

de viol (et tentative de viol) et de séquestration. Dans un troisième cas, qui a aussi fait l'objet d'un procès, on l'accusait d'avoir exhibé son pénis à une gardienne d'enfants tout en lui saisissant la main alors qu'il la reconduisait chez elle en voiture. Les victimes de ces infractions étaient des adolescentes, dont l'une avait à peine 14 ans, soit à peu près la moitié de l'âge de l'appelant à l'époque.

128 Un jury de la Nouvelle-Écosse a acquitté l'appelant des huit accusations à l'égard desquelles il a subi son procès jusqu'à maintenant. Une accusation d'attentat à la pudeur pèse toujours contre lui.

129 Le juge du procès a été impressionné favorablement par l'opinion que le directeur des poursuites criminelles de la Nouvelle-Écosse alors en poste, M^e^ John Pearson, a exprimée à l'intention de la GRC en 1994, avant l'engagement de toute poursuite. M^e^ Pearson concluait que des poursuites devaient être engagées contre l'appelant relativement aux accusations les plus graves, mais que l'engagement de poursuites relativement aux accusations les moins graves (portant sur des faits survenus il y a de 24 à 34 ans) [TRADUCTION] « peut être perçu comme de la "persécution" compte tenu des faits, de la caducité des infractions et de la peine relativement légère à laquelle on pourrait s'attendre en cas de déclaration de culpabilité ». Bien que M^e^ Pearson ne l'ait pas précisé, il semblait croire que les incidents les moins graves auraient pu donner lieu, plus tôt, à une poursuite par voie de procédure sommaire, auquel cas le délai de prescription aurait été de six mois.

130 L'appelant prétend qu'en raison des critiques sévères adressées au service des procureurs de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire Donald Marshall, lequel a été emprisonné 11 ans pour un crime qu'il n'avait pas commis, et des controverses liées aux poursuites découlant du désastre minier de Westray (examinées en partie dans l'arrêt *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537), les procureurs de la Couronne n'ont pas rempli, en l'espèce, leur rôle constitutionnel de freins et contrepoids du pouvoir policier. Dans leur détermination à ne pas donner l'impression de favoriser l'appelant, ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, ils ont fait tant d'efforts qu'ils l'ont privé de [TRADUCTION]

2002 SCC 12 (CanLII)

of whatever rank or station, is entitled. In the trial judge's view the prosecutors, far from acting as a counterbalance to the police team, effectively became part of it.

131 Since obtaining a favourable decision from the Nova Scotia Court of Appeal the Crown has, on its own motion, stayed two of the nine charges on which it obtained a green light to proceed.

132 The remaining seven charges that were the subject of the stay involve allegations of sexual assault consisting of unwanted kissing, "French kissing", groping, fondling or similar acts between 1968 and 1978 with different complainants who, at the time, came into contact with the appellant as babysitters, a legislative page, a housekeeper, a hotel dishwasher and a news reporter. The complainants' ages varied from 14 to 24 years old. The trial judge acknowledged that all charges of sexual assault are serious. Nevertheless, he concluded that the Crown's failure to act objectively in this case amounted to an abuse of process. The policy concerns raised by the then Director of Public Prosecutions were never subsequently properly addressed, as they ought to have been, in the trial judge's view.

133 As the charges themselves were the direct product of the abuse, the logical remedy was to stay their further prosecution. No lesser remedy would eliminate the root of the abuse. The trial judge found the prosecution of the additional nine charges to arise out of a fundamentally unfair procedure and to be among the "clearest of cases" calling for a stay of proceedings.

134 In my view, the trial judge instructed himself properly on the law and there is no reversible error in his application of the law to the facts. His decision

« l'examen rigoureux et objectif (de la décision concernant l'inculpation) » ((1998), 21 C.R. (5th) 366, par. 122) auquel a droit tout citoyen, peu importe son rang ou sa position dans la société. Selon le juge du procès, loin d'agir comme contrepoids du service de police, les procureurs de la Couronne en sont en fait devenus partie constituante.

Après avoir obtenu gain de cause à l'égard de neuf accusations devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, le ministère public a, de lui-même, retiré deux des neuf accusations relativement auxquelles il avait obtenu le feu vert.

Les sept autres accusations visées par une suspension portent sur des allégations d'agression sexuelle consistant en des baisers non sollicités, des caresses et des baisers lascifs, des attouchements ou des actes similaires commis entre 1968 et 1978 à l'égard de différentes plaignantes qui, à l'époque, sont entrées en contact avec l'appelant à titre de gardiennes d'enfants, de page à l'assemblée législative, de ménagère, de plongeuse dans un hôtel et de journaliste. L'âge des plaignantes s'échelonnait de 14 à 24 ans. Le juge du procès a reconnu que toutes les accusations d'agression sexuelle sont graves. Il a toutefois conclu que le manque d'objectivité du ministère public dans cette affaire constituait un abus de procédure. Selon lui, les préoccupations de principe soulevées par l'ancien directeur des poursuites criminelles n'ont jamais été considérées sérieusement par la suite, comme elles auraient dû l'être.

Compte tenu que les accusations elles-mêmes résultaient directement de l'abus, la réparation logique consistait à suspendre toute poursuite ultérieure à leur égard. Aucune réparation moindre ne pouvait éliminer la source de l'abus. Le juge du procès a conclu que l'engagement de poursuites relativement aux neuf autres accusations découlait d'une procédure fondamentalement inéquitable et constituait l'un des « cas les plus manifestes » justifiant une suspension des procédures.

À mon avis, le juge du procès s'est fondé sur les bonnes règles de droit et n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision dans son application

2002 SCC 12 (CanLII)

ought not to have been reversed by the majority judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Freeman J.A. dissenting). That court, in my view, simply substituted their own divided opinion on issues that were given to the trial judge to decide. I would allow the appeal.

I. Abuse of Process

Everyone in this country, however prominent or obscure, is entitled to the equal protection of the law. As a politician of some prominence, the appellant was not entitled to be treated any better than other individuals, but nor should he have been treated worse. An important element of the protection of the law is that where the Crown Attorneys are involved they stand independent both of the police and of persons suspected of crimes to determine in a fair and even-handed way whether and how charges laid by the police should proceed.

The appellant says that the Crown cannot point to any other instances where it was sought to prosecute a comparable series of 24- to 34-year-old allegations of sexual touching, serious as those allegations are, and his counsel draws the conclusion that if the appellant had remained in obscurity as a sometime lawyer and sports announcer, Nova Scotia would not now be expending its considerable resources to obtain his conviction. The Crown Attorney's office, in his view, is not standing up as they should to the powerful pressures of the media and an aroused public opinion.

I agree with the trial judge as a matter of law that the Crown prosecutors must retain objectivity in their review of charges laid by the police, or their pre-charge involvement, and retain both the substance and appearance of even-handed independence from the police investigative role. This is the Crown Attorney's "Minister of Justice" function and its high standards are amply supported in the cases: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at p. 257, and

du droit aux faits. Sa décision n'aurait pas dû être infirmée par le jugement majoritaire de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge Freeman étant dissident). Selon moi, cette cour a simplement substitué sa propre opinion partagée sur les questions que le juge du procès avait la mission de trancher. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. L'abus de procédure

135 Tout citoyen de notre pays, qu'il soit très en vue ou peu connu, a droit à la même protection de la loi. À titre d'homme politique connu, l'appelant n'avait pas le droit d'être mieux traité que quiconque, mais il ne méritait pas non plus d'être moins bien traité. La protection de la loi repose notamment et de façon importante sur l'indépendance que les procureurs de la Couronne doivent maintenir, lorsqu'ils entrent en jeu, à l'égard des policiers et des personnes soupçonnées de crimes. Cette indépendance permet aux procureurs de la Couronne de déterminer de façon juste et impartiale s'il y a lieu de donner suite aux accusations déposées par la police, et de quelle façon.

136 L'appelant prétend que le ministère public ne peut citer aucun autre cas où l'on aurait cherché à engager des poursuites à l'égard d'une série comparable d'allégations de contacts sexuels, aussi graves soient-elles, remontant à il y a 24 à 34 ans. Son avocat en conclut que si l'appelant était demeuré dans l'ombre comme avocat ou commentateur sportif, la Nouvelle-Écosse n'en serait pas à dépenser des ressources considérables pour tenter de le faire condamner. À son avis, le bureau du procureur de la Couronne ne résiste pas comme il le devrait aux très fortes pressions des médias et d'une opinion publique hostile.

137 J'abonde dans le sens du juge du procès lorsqu'il affirme que, selon le droit, les procureurs de la Couronne doivent demeurer objectifs dans leur examen des accusations portées par la police, ou dans leur participation à l'étape antérieure à l'inculpation, et qu'ils doivent conserver, en réalité comme en apparence, une indépendance impartiale par rapport au rôle d'enquête de la police. C'est là la fonction de « représentant de la justice » du procureur de la Couronne, à laquelle s'appliquent des normes

2002 SCC 12 (CanLII)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 341. In *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990), Working Paper 62, the Law Reform Commission of Canada rightly observed that "prominent people, such as politicians . . . should be treated neither preferentially nor more harshly than others. If proceedings would not have been commenced against an ordinary individual, they ought also not to be commenced against the prominent individual" (p. 80).

138 The trial judge found as a fact that there was no independent and objective review by the Crown prosecutors in this case. The absence of the usual and proper checks and balances would, he thought, shock the conscience of the community. He cited a number of concerns that reflected this institutional failure (including premature disclosure of the investigation, improper Crown involvement in the charging decisions, laying a charge to bootstrap otherwise inadmissible similar fact evidence, and judge shopping), but his listing of the symptoms should not be mistaken for his important and central finding of fact that the appellant had been denied his constitutional right to a fair pre-trial procedure.

A. *Standard of Review*

139 I agree with my colleague LeBel J. that the standard of review of the trial judge's decision to grant a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was authoritatively stated by Gonthier J. in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375, as follows: "[A]n appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice"; see also *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

élevées amplement reconnues par la jurisprudence : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, p. 257, et *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 341. Dans *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990), Document de travail 62, la Commission de réforme du droit du Canada a noté que « des personnes connues — des hommes ou des femmes politiques par exemple — [. . .] ne devraient ni jouir d'un traitement de faveur ni faire l'objet d'une rigueur particulière. Rien ne justifie en effet qu'on engage des poursuites contre des personnes en vue lorsqu'on ne l'aurait pas fait contre des citoyens ordinaires » (p. 83).

Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les procureurs de la Couronne n'ont procédé à aucun examen indépendant et objectif en l'espèce. L'absence des freins et contrepoids adéquats habituels risquait, selon lui, de choquer la conscience de la collectivité. Il a cité un certain nombre de sujets de préoccupation reflétant ce manquement institutionnel (dont l'annonce prématurée de l'enquête, la participation irrégulière du ministère public aux décisions concernant l'inculpation, le dépôt d'une accusation visant à introduire une preuve de faits similaires par ailleurs inadmissible, et la recherche d'un juge accommodant), mais il faut éviter de confondre cette énumération des symptômes avec la conclusion de fait importante et centrale qu'il a tirée, à savoir que l'appelant a été privé de son droit constitutionnel à une procédure préliminaire équitable.

A. *La norme de contrôle*

Je suis d'accord avec mon collègue le juge LeBel pour dire que la norme de contrôle de la décision du juge du procès d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été énoncée péremptoirement dans les termes suivants par le juge Gonthier dans l'arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375 : « [U]ne cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice »; voir également l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48.

2002 SCC 12 (CanLII)

We should also keep in mind the well-established rule mentioned by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 76:

> The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way.

B. *Review of Findings of Fact*

An appellate court should give appropriate deference to the findings of fact of a trial judge, who in this case heard nine days of evidence and nine days of legal argument. The relevant cases are gathered together in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, where Lamer C.J. concluded, at para. 81:

> It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses.
>
> . . .
>
> I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses . . . .

For the reasons that follow, it is my view that the critical findings of fact of the trial judge in this case compel the issuance of a stay of proceedings.

C. *Approach of the Court of Appeal*

I agree with Cromwell J.A. in the Nova Scotia Court of Appeal ((1999), 179 N.S.R. (2d) 45) that the crux of the trial judge's reasoning was that as a result of the abuse of process which the trial judge

140 Il faut aussi garder à l'esprit la règle bien établie mentionnée par le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76 :

> [TRADUCTION] Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente.

B. *Le contrôle des conclusions de fait*

141 Une cour d'appel devrait faire montre de la retenue appropriée à l'égard des conclusions de fait du juge du procès qui a, en l'espèce, consacré neuf jours à l'audition de la preuve et neuf jours à l'audition des arguments de droit. Les décisions pertinentes ont été regroupées dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, où le juge en chef Lamer a conclu en ces termes, au par. 81 :

> Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue considérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins.
>
> . . .
>
> Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de première instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts . . .

142 Pour les motifs qui suivent, j'estime que les conclusions de fait cruciales tirées par le juge du procès en l'espèce commandent la suspension des procédures.

C. *La perspective adoptée par la Cour d'appel*

143 Je conviens avec le juge Cromwell de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ((1999), 179 N.S.R. (2d) 45) que le nœud du raisonnement du juge du procès était que, par suite de l'abus de procédure

2002 SCC 12 (CanLII)

found to exist, the appellant is facing charges that otherwise would never have been laid, or if laid would not have been prosecuted. (The excessive charges, to be specific, are the nine charges which are the subject of the stay.)

144 Cromwell J.A. put it this way at para. 128:

> Although the judge does not explicitly say so, it appears that he found that the respondent, as a result of the loss of objectivity, may have been facing many more charges than he would have had appropriate objectivity been retained. With respect to Count 16, the judge found that it was prosecuted for an improper motive.

145 On the other hand, with respect, I do not agree with the overall approach of the majority judgment of Cromwell J.A. when it takes the symptoms of institutional failure identified by the trial judge and (as I interpret his opinion) addresses each symptom in isolation from the others with a view to demonstrating that what was done was not necessarily and in all cases wrong. I think, with respect, this approach is incorrect. Quite apart from the trial judge's emphasis on the *cumulative* effect of the various elements of the conduct complained of, the majority opinion mistakes the symptoms for the diagnosis. The trial judge's concern was not so much at the level of the individual symptoms as it was with the failure in this case of the institutional checks and balances. The failure prevented the objective review of charges laid by the police that, because of their staleness, relatively minor nature (compared with those that did go to trial) and the potentially light sentences even if convicted, would likely have been stopped if an objective review had taken place.

146 As stated, these broader concerns found expression in the report of the then Director of Public Prosecutions for Nova Scotia, Mr. John Pearson, dated June 28, 1994. The trial judge accepted, of course, that Mr. Pearson's opinion was not binding upon the police or on subsequent prosecutors (and

qu'il a constaté, l'appelant doit répondre à des accusations qui n'auraient autrement jamais été portées contre lui, ou à l'égard desquelles aucune poursuite n'aurait été engagée si elles avaient été déposées. (Plus précisément, les accusations excessives sont les neuf accusations visées par la suspension.)

Le juge Cromwell s'est exprimé en ces termes, au par. 128 :

> [TRADUCTION] Même si le juge ne le dit pas explicitement, il semble avoir conclu que l'intimé, par suite de la perte d'objectivité, doit peut-être répondre à un beaucoup plus grand nombre d'accusations que si l'objectivité appropriée avait été préservée. En ce qui a trait au 16e chef d'accusation, le juge a conclu que la poursuite avait été engagée pour un motif illégitime.

En revanche, je ne suis pas d'accord avec l'approche globale adoptée dans le jugement prononcé pour la majorité par le juge Cromwell, qui consiste à prendre les symptômes du manquement institutionnel identifiés par le juge du procès et (selon mon interprétation de ses motifs) à les examiner chacun isolément des autres afin de démontrer que ce qui a été fait n'était pas incorrect à coup sûr et dans tous les cas. Je pense que cette approche est erronée. Indépendamment de l'accent mis par le juge du procès sur l'effet *cumulatif* des divers éléments de la conduite reprochée, l'opinion majoritaire confond les symptômes et le diagnostic. La préoccupation du juge du procès ne portait pas tant sur chacun des symptômes que sur l'absence, en l'espèce, des freins et contrepoids institutionnels. Cette absence a empêché l'examen objectif des accusations portées par la police qui, en raison de leur caducité, de leur nature relativement mineure (en comparaison de celles qui ont fait l'objet d'un procès) et des peines potentiellement légères qu'elles étaient susceptibles d'entraîner en cas de déclaration de culpabilité, auraient probablement été retirées si elles avaient été soumises à un examen objectif.

Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, ces préoccupations plus générales ont été exprimées dans le rapport du directeur des poursuites criminelles de la Nouvelle-Écosse alors en poste, Me John Pearson, en date du 28 juin 1994. Le juge du procès a reconnu, bien sûr, que l'avis de Me Pearson ne

2002 SCC 12 (CanLII)

certainly not on the court). Still, it represented a bench mark of objectivity and even-handedness that he thought ought to have continued to guide consideration of both the charges Mr. Pearson considered and the others that followed. Mr. Pearson made the following observations about the potential charges that he recommended against proceeding with:

The Other Complainants

Concerning the other four complainants . . . it is our opinion that these allegations should not be proceeded with by way of criminal charges. We have concluded that acts contemplated by the indecent assault section of the *Criminal Code* of the day were present in these cases. However, consideration of the following public interest factors tips the scale in favour of not proceeding with these matters as criminal charges:

i) the allegations are minor in nature, especially when placed in the context of societal values at the time (this fact is best illustrated in [the] incident [involving one complainant] where her father, upon learning of the facts, demanded an apology from the accused);

ii) the "staleness" of the offences when compared with their gravity;

iii) the prosecution of these charges may be seen as "persecution" in light of the facts, the staleness of the offences and the relatively insignificant sentence, which could be anticipated if convictions were entered;

iv) other alternatives are available to sanction this behaviour, i.e. the prosecution of the more serious charges; and

v) the maintenance of public confidence in the administration of justice can be sustained without these four charges proceeding.

The charges that were stayed by the trial judge were described by Freeman J.A., dissenting, as *historic* counts (at para. 20):

Each count alleges a single impulsive act, an isolated incident without repetition, follow-up, or persistency on the part of the respondent. The most recent of the stayed

liait pas la police, ni les procureurs de la Couronne subséquents (et certainement pas la cour). Cet avis n'en constituait pas moins un point de repère quant à l'objectivité et l'impartialité qui, selon lui, aurait dû continuer à guider la réflexion à la fois sur les accusations que M^e^ Pearson avait étudiées et sur les autres qui ont suivi. M^e^ Pearson a fait les observations suivantes sur les accusations potentielles à l'égard desquelles il a recommandé de ne pas engager de poursuites :

[TRADUCTION] **Les autres plaignantes**

Quant aux quatre autres plaignantes [. . .] nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'engager des poursuites criminelles à l'égard de ces allégations. Nous concluons que, dans ces cas, les actes visés par l'article du *Code criminel* de l'époque créant l'infraction d'attentat à la pudeur ont été commis. Toutefois, la prise en considération des facteurs d'intérêt public suivants fait pencher la balance en faveur de la décision de ne pas engager de poursuites relativement à ces chefs d'accusation :

i) il s'agit d'allégations de nature mineure, tout spécialement lorsqu'on les replace dans le contexte des valeurs sociales de l'époque (ce fait est particulièrement bien illustré dans [l]'incident [relatif à une plaignante] où son père, lorsqu'il a pris connaissance des faits, a exigé que l'accusé lui présente des excuses);

ii) la « caducité » des infractions par comparaison à leur gravité;

iii) l'engagement de poursuites à l'égard de ces accusations peut être perçu comme de la « persécution » compte tenu des faits, de la caducité des infractions et de la peine relativement légère à laquelle on pourrait s'attendre en cas de déclaration de culpabilité;

iv) il existe d'autres moyens pour sanctionner ce comportement, à savoir l'engagement de poursuites à l'égard des accusations plus graves;

v) la confiance du public dans l'administration de la justice peut être préservée sans que des poursuites soient engagées relativement à ces quatre accusations.

147

Les accusations qui ont été suspendues par le juge du procès ont été décrites par le juge Freeman, dissident, comme des incidents *remontant à très longtemps* (au par. 20) :

[TRADUCTION] Chaque chef allègue un seul acte impulsif, un incident isolé sans répétition, suite ou persistance de la part de l'intimé. Le plus récent des chefs

2002 SCC 12 (CanLII)

counts was almost 20 years old at the time of the trial, and some were more than 30. None of the complainants had come forward to initiate contact with police. The director of public prosecutions who evaluated the police case before the charging decision was made, and before the Crown's objectivity had been compromised, had recommended against proceeding with historic counts of this nature.

148 The conclusion that well-informed people may reasonably take from the continued prosecution of what Mr. Pearson described as "minor" allegations 24 to 34 years after the events are said to have taken place is that the appellant is being pursued not so much for what he has done as for who he is. Such a perception undermines public confidence in the impartiality and integrity of the criminal justice system, in my opinion.

D. *Law Governing Abuse of Process*

149 There is no doubt that the prosecutorial misconduct found by the trial judge would not prevent the accused from receiving a fair trial on all charges. The appellant's complaints in that regard were all properly rejected.

150 The issues relevant to the "abuse of process" claim in this case are:

(i) the extent to which an objective and even-handed Crown Attorney is essential to the checks and balances at the stages of the criminal justice system in which he or she is involved, and

(ii) whether preferring a direct indictment and the holding of a subsequent fair trial cures the omission of an essential check and balance in the laying of the charges.

1. The Importance of Checks and Balances

151 It is clear that Crown Attorneys perform an essential "Minister of Justice" role at all stages of

frappés par la suspension remontait à près de 20 ans au moment du procès, et certains d'entre eux remontaient à plus de 30 ans. Aucune des plaignantes n'avait pris l'initiative de communiquer avec la police. Le directeur des poursuites criminelles qui a évalué le dossier de la police avant la décision concernant l'inculpation et avant que l'objectivité du ministère public ne soit compromise, avait recommandé de ne pas engager de poursuites à l'égard de chefs d'accusation de cette nature remontant à très longtemps.

Des personnes bien informées pourraient raisonnablement conclure, du maintien de la poursuite à l'égard de ce que M^e^ Pearson a décrit comme des allégations [TRADUCTION] « mineures » formulées de 24 à 34 ans après le moment où les événements se seraient produits, que l'appelant est poursuivi non pas tant pour ce qu'il a fait que pour ce qu'il est. À mon avis, une telle perception mine la confiance du public dans l'impartialité et l'intégrité du système de justice pénale.

D. *Les règles de droit régissant l'abus de procédure*

Il ne fait pas de doute que la conduite répréhensible des procureurs de la Couronne constatée par le juge du procès n'empêcherait pas l'accusé de subir un procès équitable relativement à toutes les accusations. Les prétentions de l'appelant à cet égard ont toutes été rejetées à bon droit.

Voici les questions pertinentes qu'il faut trancher concernant l'allégation d'« abus de procédure » en l'espèce :

(i) Dans quelle mesure un procureur de la Couronne objectif et impartial joue-t-il un rôle essentiel au maintien des freins et contrepoids aux étapes du système de justice pénale où il est appelé à intervenir?

(ii) Le fait de procéder par voie de mise en accusation directe et de tenir subséquemment un procès équitable remédie-t-il à l'absence des freins et contrepoids essentiels lors de l'inculpation?

1. L'importance des freins et contrepoids

Il est clair que les procureurs de la Couronne jouent un rôle essentiel de « représentants de

2002 SCC 12 (CanLII)

their work. Their role in considering or carrying forward a prosecution is of the highest importance for the integrity of our criminal justice system, and was perhaps most famously described by Rand J. in *Boucher*, *supra*, at pp. 23-24:

> It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Many other statements of the highest authority can be found to the same effect. In *Stinchcombe*, *supra*, Sopinka J. for the Court stated as follows, at p. 341:

> The tradition of Crown counsel in this country in carrying out their role as "ministers of justice" and not as adversaries has generally been very high.

In *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, Gonthier J. for himself, McLachlin and Iacobucci JJ., dissenting on other grounds, stated at p. 118:

> The single-minded pursuit of convictions cannot be compatible with the responsibilities of Crown prosecutors.

In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, Lamer J. (as he then was) for himself, Dickson C.J. and Wilson J., stated at p. 191:

> Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate".

la justice » à toutes les étapes de leur travail. Leur rôle consistant à évaluer l'opportunité d'engager des poursuites et à voir à leur déroulement est de première importance pour l'intégrité de notre système de justice pénale, et il a été décrit de la façon peut-être la plus remarquée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher*, précité, p. 23-24 :

> [TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Bon nombre d'autres déclarations de la plus haute autorité vont dans le même sens. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, le juge Sopinka a dit, au nom de la Cour, à la p. 341 :

> D'une manière générale, les substituts du procureur général au Canada se sont montrés traditionnellement très soucieux de jouer leur rôle de « ministres de la justice » plutôt que celui d'adversaires.

152 Dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, le juge Gonthier en son nom et en celui des juges McLachlin et Iacobucci, dissidents sur d'autres points, a dit à la p. 118 :

> La recherche obstinée de déclarations de culpabilité ne peut pas être compatible avec leurs responsabilités.

153 Dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), qui s'exprimait aussi pour le juge en chef Dickson et le juge Wilson, a dit à la p. 191 :

> Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] « représentant de la justice » qui « devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat ».

2002 SCC 12 (CanLII)

154 See also *Lemay*, *supra*, *per* Cartwright J., dissenting on other grounds, at p. 257: "[T]he sole object of the proceedings is to make certain that justice should be done".

155 The "Minister of Justice" responsibility is not confined to the courtroom and attaches to the Crown Attorney in all dealings in relation to an accused person whether before or after charges are laid. It is a responsibility "that should be conducted without feeling or animus on the part of the prosecution" (*R. v. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224 (Ont. C.A.), *per* Riddell J.A., at p. 227).

156 These statements suggest at least three related but somewhat distinct components to the "Minister of Justice" concept. The first is objectivity, that is to say, the duty to deal dispassionately with the facts as they are, uncoloured by subjective emotions or prejudices. The second is independence from other interests that may have a bearing on the prosecution, including the police and the defence. The third, related to the first, is lack of animus — either negative or positive — towards the suspect or accused. The Crown Attorney is expected to act in an even-handed way.

157 In *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at para. 24, we held that "the right to effective assistance of counsel" in the criminal justice system reflects a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The duty of a Crown Attorney to respect his or her "Minister of Justice" obligations of objectivity and independence is no less fundamental. It is an essential protection of the citizen against the sometimes overzealous or misdirected exercise of state power. It is one of the more important checks and balances of our criminal justice system and easily satisfies the criteria first established in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513:

Voir également dans l'arrêt *Lemay*, précité, les motifs du juge Cartwright, dissident sur d'autres points, à la p. 257 : [TRADUCTION] « [L]a poursuite a pour seul objet de faire en sorte que justice soit rendue ».

La responsabilité de « représentant de la justice » ne se limite pas à la salle d'audience et elle lie le procureur de la Couronne dans toutes les mesures qu'il prend relativement à l'accusé, avant comme après le dépôt des accusations. C'est une responsabilité [TRADUCTION] « qui devrait être exercée sans émotivité ou *animus* de la part de la poursuite » (*R. c. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224 (C.A. Ont.), le juge Riddell, p. 227).

Ces affirmations laissent croire que la notion de « représentant de la justice », comporte au moins trois composantes reliées mais quelque peu distinctes. La première est l'objectivité, c'est-à-dire l'obligation de traiter les faits de façon impartiale, tels qu'ils sont, sans être influencé par des émotions ou des préjugés personnels. La deuxième est l'indépendance par rapport à d'autres intérêts qui peuvent avoir une incidence sur la poursuite, y compris ceux de la police et de la défense. La troisième, liée à la première, est l'absence d'une propension à un sentiment — négatif ou positif — à l'égard du suspect ou de l'accusé. L'on s'attend à ce que le procureur de la Couronne agisse de manière impartiale.

Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 24, nous avons statué que « [le] droit à l'assistance effective d'un avocat » dans le système de justice pénale correspond à un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Le devoir d'un procureur de la Couronne de s'acquitter de ses obligations d'objectivité et d'indépendance de « représentant de la justice » est tout aussi fondamental. Il constitue, pour le citoyen, une protection essentielle contre l'exercice parfois excessif et mal fondé du pouvoir de l'État. C'est l'un des mécanismes les plus importants de freins et contrepoids de notre système de justice pénale et il satisfait aisément au critère énoncé pour la première fois dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 513 :

2002 SCC 12 (CanLII)

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

158 These requirements set a high standard. The courts rightly presume, such are the high traditions of the prosecutorial service in this country, that they are met in the thousands of decisions taken every day that so vitally impact the lives of those who find themselves in trouble — rightly or wrongly — with the law. Unfounded or trivial allegations will be given short shrift. In this case, however, the trial judge found that the departure from the expected standard was neither unfounded nor trivial. The extent of the departure was deeply troubling. The trial judge has much experience in the practicalities of criminal prosecutions. We are thus confronted in this case with a very exceptional set of facts.

158 Ces exigences établissent une norme élevée. Les tribunaux présument avec raison, étant donné la haute tradition du service du ministère public au Canada, que ces exigences sont respectées dans les milliers de décisions prises chaque jour qui ont une incidence si vitale sur la vie des personnes qui, à tort ou à raison, ont des démêlés avec la justice. Les allégations dénuées de fondement ou frivoles sont expédiées promptement. En l'espèce toutefois, le juge du procès a conclu que la dérogation à la norme prévue n'était ni dénuée de fondement, ni frivole. L'ampleur de cette dérogation était profondément troublante. Le juge du procès a beaucoup d'expérience en ce qui a trait aux aspects pratiques des poursuites pénales. C'est donc un ensemble de faits très exceptionnels qui nous est soumis.

159 The police investigate. Their task is to assemble evidence and, assessing it as dispassionately as they can, determine whether in their view it provides reasonable and probable grounds to lay charges. The prosecutors provide the initial checks and balances to the power of the police. As the late Mr. Justice Arthur Martin observed in his *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Report"), at p. 117, "[a]s ministers of justice, their ultimate task is to see that the public interest is served, in so far as it can be, through the use, or non-use, of the criminal courts" (emphasis added). Further (at pp. 117-18):

159 La police procède à des enquêtes. Ses membres ont pour tâche de recueillir la preuve et, en l'évaluant le plus impartialement possible, de déterminer si, selon eux, elle fournit des motifs raisonnables et probables de porter des accusations. Les procureurs de la Couronne fournissent les premiers freins et contrepoids au pouvoir de la police. Pour reprendre les propos de feu le juge Arthur Martin dans le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (« Rapport Martin »), p. 117, [TRADUCTION] « [e]n leur qualité de représentants de la justice, leur tâche ultime consiste à veiller à ce que l'intérêt public soit servi, dans toute la mesure possible, par le recours ou l'absence de recours aux tribunaux criminels » (je souligne). Il a ajouté, aux p. 117-118 :

Discharging these responsibilities, therefore, inevitably requires Crown counsel to take into account many factors, discussed above, that may not necessarily have to be considered by even the most conscientious and responsible police officer preparing to swear an information charging someone with a criminal offence.

[TRADUCTION] Pour s'acquitter de ces responsabilités, le procureur de la Couronne doit donc inévitablement tenir compte de nombreux facteurs, susmentionnés, que le policier le plus consciencieux et le plus responsable qui se prépare à déposer sous serment une dénonciation inculpant quelqu'un d'une infraction criminelle n'est pas nécessairement tenu d'examiner.

2002 SCC 12 (CanLII)

160 The Crown prosecutor thus stands as a buffer between the police and the citizen. As the Martin Report emphasized, at p. 39:

> . . . separating the investigative and prosecutorial powers of the state is an important safeguard against the misuse of both. Such separation of power, by inserting a level of independent review between the investigation and any prosecution that may ensue, also helps to ensure that both investigations and prosecutions are conducted more thoroughly, and thus more fairly. [Emphasis added.]

161 The appellant was as much entitled to this "level of independent review" as any other suspect. The trial judge concluded that the distinct roles of the Crown Attorney and the police became blurred and "homogenized". In the result, the appellant was deprived of the institutional protection to which he was, and is, entitled. This is how the trial judge put this crucial finding of fact (at para. 122):

> The Crown states that it was not involved in the investigation and I accept this. However it is clear to me that the Crown was integrally immersed in the decision-making process as it applied to the laying of charges. In so doing it became heavily involved with interviewing potential complainants. Unlike Mr. Pearson, they did not critically review a police report. Instead they collaborated fully with the police to create what in essence became a joint charging decision. Cooperation led to consensus, but only at the expense of the process which became homogenized. Thus the applicant was denied that hard objective second look (at the charging decision) which is so fundamental to the role of the Crown. [Emphasis added.]

162 These are findings of fact for which there was ample evidence.

163 No reason has been shown, in my view, for any interference in these findings of fact either by the Nova Scotia Court of Appeal or by this Court.

2. The "Residual Category" of the Law on Abuse of Process

164 The jurisprudence is clear that a fair trial cannot always cure an earlier default that taints the integrity

Le procureur de la Couronne sert donc de tampon entre la police et le citoyen. Comme l'a souligné le Rapport Martin, à la p. 39 :

> [TRADUCTION] . . . la séparation des pouvoirs d'enquête et de poursuite de l'État constitue une importante garantie contre l'abus de l'un et de l'autre. En établissant un niveau de contrôle indépendant entre l'enquête et toute poursuite susceptible de s'ensuivre, une telle séparation des pouvoirs permet aussi de faire en sorte que les enquêtes comme les poursuites sont effectuées de façon plus complète et, partant, plus équitable. [Je souligne.]

L'appelant avait autant droit à ce [TRADUCTION] « niveau de contrôle indépendant » que tout autre suspect. Le juge du procès a conclu que les rôles distincts du procureur de la Couronne et de la police étaient devenus flous et [TRADUCTION] « homogénéisés ». Cela a eu pour effet de priver l'appelant de la protection institutionnelle à laquelle il avait et il a toujours droit. Le juge du procès a énoncé cette conclusion de fait cruciale en ces termes (au par. 122) :

> [TRADUCTION] Le ministère public déclare ne pas avoir participé à l'enquête, et je le reconnais. Toutefois, il me semble évident que le ministère public a été pleinement associé au processus décisionnel concernant le dépôt des accusations. Ce faisant, il a beaucoup participé aux entrevues auprès de plaignantes potentielles. Contrairement à M^e^ Pearson, les procureurs n'ont pas examiné un rapport de police d'un œil critique. Ils ont plutôt collaboré entièrement avec la police à la création de ce qui est essentiellement devenu une décision commune concernant l'inculpation. La collaboration a mené à un consensus, mais uniquement au prix de l'homogénéisation du processus. En conséquence, le requérant a été privé de cet examen rigoureux et objectif (de la décision de porter des accusations) qui est si essentiel au rôle du ministère public. [Je souligne.]

Ces conclusions de fait se fondaient sur une preuve abondante.

À mon avis, aucun motif justifiant que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ou notre Cour modifient ces conclusions de fait n'a été établi.

2. La « catégorie résiduelle » de l'abus de procédure

La jurisprudence établit clairement qu'un procès équitable ne peut pas toujours corriger un

2002 SCC 12 (CanLII)

of the justice system. In *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, it was said at para. 73 that there is a

> residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

The common law had developed a doctrine of abuse of process long before the *Charter*. In Canada it is sometimes traced to *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140. A rationale of the common law doctrine was adopted in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, in terms that are pertinent here, at p. 136:

> Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:
>
> > Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.

E. *Prosecutorial Discretion*

The trial judge in this case was careful not to understate or diminish the broad scope traditionally and properly afforded to prosecutorial discretion. Courts are very slow to second-guess the exercise of that discretion and do so only in narrow circumstances. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, for

manquement qui mine l'intégrité du système de justice. Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, notre Cour a dit, au par. 73, qu'il existe une

> catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

165 La common law avait élaboré une théorie de l'abus de procédure longtemps avant l'adoption de la *Charte*. Au Canada, on fait parfois remonter celle-ci à l'arrêt *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140. Notre Cour a reconnu une raison d'être de la théorie de common law en des termes qui sont pertinents en l'espèce, dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 136 :

> Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l'existence d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice à l'accusé, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354 :
>
> > [TRADUCTION] Les tribunaux doivent-ils s'en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l'emploi abusif de leur procédure? N'ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu'on amène, devant eux? À de semblables questions il ne peut y avoir qu'une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s'assurer qu'il n'y a pas d'abus dans l'application de la loi.

E. *Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite*

166 En l'espèce, le juge du procès a pris soin de ne pas minimiser ni réduire la vaste portée attribuée traditionnellement et à bon droit au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Les tribunaux hésitent longtemps à remettre en question l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et ne le font que dans

2002 SCC 12 (CanLII)

example, the Court noted that a system which did not confer a broad discretion on law enforcement and prosecutorial authorities would be unworkable, *per* La Forest J., at p. 410:

> Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

See also: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348.

167 Still, the corollary to these extensive discretionary powers is that they must be exercised with objectivity and dispassion. This principle has found its way into the Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct* (1988); see chapter IX, "The Lawyer as Advocate", s. 9 (Duties of Prosecutor):

> The prosecutor exercises a public function involving much discretion and power and must act fairly and dispassionately.

168 Because the exercise of prosecutorial discretion is, within broad limits, effectively non-reviewable by the courts, it is all the more imperative that the discretion be exercised in a fair and objective way. Where objectivity is shown to be lacking, corrective action may be necessary (as here) to protect what *O'Connor* referred to as "the integrity" of the criminal justice system.

169 Wilson J., in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, developed the notion that abuse of process in this regard does *not* require a demonstration of

des circonstances très limitées. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, par exemple, notre Cour a noté qu'un système qui ne conférerait pas un vaste pouvoir discrétionnaire aux instances chargées d'appliquer la loi et d'engager des poursuites ne pourrait fonctionner. Le juge La Forest s'est exprimé ainsi, à la p. 410 :

> Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Voir également : *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, p. 686; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 348.

Cependant, le corollaire de ces vastes pouvoirs discrétionnaires est qu'ils doivent être exercés avec objectivité et impartialité. On retrouve ce principe dans le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien (1988) : voir ch. IX, « L'avocat en tant que tel », art. 9 (Devoirs du procureur de la Couronne) :

> L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires : il doit en conséquence agir de façon sereine et juste.

Puisque l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est en réalité, dans une grande mesure, à l'abri du contrôle judiciaire, il importe d'autant plus qu'il soit exercé d'une façon juste et objective. Lorsqu'un manque d'objectivité est établi, il peut être nécessaire d'adopter des mesures correctives (comme en l'espèce) pour protéger ce qu'on appelle, dans l'arrêt *O'Connor*, « l'intégrité » du système de justice pénale.

Dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, madame le juge Wilson a expliqué qu'un abus de procédure à cet égard *ne* nécessite *pas* que soit

2002 SCC 12 (CanLII)

prosecutorial bad faith. She wrote that courts should look at all relevant factors. "To define 'oppressive' as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. . . . Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account . . ." (p. 659).

démontrée la mauvaise foi de la poursuite. Elle a écrit que les tribunaux devraient prendre en considération tous les facteurs pertinents. « À mon avis, donner au mot "oppressive" une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe [. . .] La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération . . . » (p. 659).

In the present case, the overriding concern was the failure of the proper and usual institutional checks and balances.

170 En l'espèce, le facteur le plus préoccupant était l'absence des freins et contrepoids institutionnels habituels.

The fact that *O'Connor* brought together the two streams of jurisprudence relating to abuse of power — the common law with its emphasis on the integrity of the criminal justice system and the *Charter* with its emphasis on individual rights — did not diminish judicial preoccupation with the integrity of the process. It was fairly observed in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, that cases of abuse of process that do *not* involve fair trial rights or other individual rights and freedoms can be expected to be few in number. This is because despite the fact that errors are made, the institutional *integrity* of our system of justice is rarely called into question successfully.

171 Le fait que l'arrêt *O'Connor* ait harmonisé les deux courants jurisprudentiels portant sur l'abus de procédure — la common law qui met l'accent sur l'intégrité du système de justice pénale et la *Charte* qui met l'accent sur les droits individuels — n'a pas atténué la préoccupation judiciaire au sujet de l'intégrité du processus. On a souligné à bon droit dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, que les cas d'abus de procédure qui *ne* violent *pas* le droit à un procès équitable ou d'autres droits et libertés de la personne seront vraisemblablement peu nombreux. Il en est ainsi parce que, même si des erreurs sont commises, il est rare qu'on réussisse à mettre en doute *l'intégrité* institutionnelle de notre système de justice.

In my view, the Crown did not demonstrate that in finding an abuse of process in this case the trial judge either misdirected himself or that "his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice" (*Elsom*, *supra*, at p. 1375).

172 À mon avis, le ministère public n'a pas démontré qu'en concluant à l'existence d'un abus de procédure en l'espèce, le juge du procès « s'est fondé sur des considérations erronées en droit » ni que « sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Elsom*, précité, p. 1375).

I agree with Freeman J.A. in dissent when he said, at para. 5, that:

173 Je suis d'accord avec le juge Freeman lorsqu'il dit dans ses motifs dissidents, au par. 5 :

The prominence of the accused and the high level of media interest in the case called for a disciplined and dispassionate approach by the Crown to ensure a perception that Mr. Regan was treated as even-handedly as any citizen has a right to expect. Instead the trial judge identified a number of lapses of judgment indicative of overzealousness by the police and the Crown, three of which figured in his decision to stay what were considered to be

[TRADUCTION] Le fait que l'accusé soit une personne en vue et le grand intérêt que les médias portaient à l'affaire commandaient une approche disciplinée et impartiale de la part du ministère public pour garantir qu'on perçoive que M. Regan était traité avec l'impartialité à laquelle tout citoyen est en droit de s'attendre. Au lieu de cela, le juge du procès a relevé plusieurs erreurs de jugement constituant des indices d'un excès

2002 SCC 12 (CanLII)

lesser charges to preserve the reputation of the administration of justice.

174 As Freeman J.A. points out, the specific lapses were considered "indicative" (not exhaustive) of over-zealousness.

F. *Addressing the Symptoms*

175 Much of the reasons for judgment of the majority in the Nova Scotia Court of Appeal is devoted to pointing out what the trial judge did *not* find, or alleged inconsistencies in what he *did* find. In my view, with respect, the reasons of the trial judge read as a whole by a mind willing to understand are consistent and coherent. As stated, I disagree with the effort to divide his reasons into airtight compartments and then isolate and attack the compartments one by one. Nevertheless, I proceed with a consideration of the symptoms listed by the trial judge and addressed by the Court of Appeal in the order in which they arose in the earlier judgments.

1. Police Misconduct

176 The trial judge rejected almost all of the appellant's allegations of misconduct against the police, including the allegedly "premature" formation of a task force to investigate rumours and journalistic speculation about the appellant's behaviour, allegedly questionable investigative techniques, missing evidence and arrest procedures. He was nevertheless "troubled" by the "serious error in judgment" (para. 87) by the police in confirming that the appellant was under investigation before any of the complainants had been interviewed let alone charges laid. This was contrary to the express direction of the provincial Solicitor General's Department dated February 6, 1990:

de zèle de la part de la police et des procureurs de la Couronne, dont trois figurent dans sa décision de suspendre les accusations qu'il considérait moins graves, afin de préserver la réputation de l'administration de la justice.

Comme le souligne le juge Freeman, les manquements précis étaient considérés comme des [TRADUCTION] « indices » (non exhaustifs) d'un excès de zèle.

F. *Le traitement des symptômes*

Une grande partie des motifs du jugement de la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse est consacrée à relever les conclusions que le juge du procès *n'a pas* tirées, ou de supposées incohérences dans celles qu'il *a effectivement* tirées. J'estime pour ma part que les motifs du juge du procès, lorsqu'on les lit dans leur ensemble et avec la volonté de les comprendre, sont logiques et cohérents. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, je ne suis pas d'accord avec le fait de diviser ses motifs en compartiments étanches, pour ensuite isoler et attaquer chacun de ces compartiments à tour de rôle. Je passerai toutefois en revue les symptômes énumérés par le juge du procès et examinés par la Cour d'appel dans l'ordre dans lequel ils ont été soulevés dans les jugements précédents.

1. La conduite répréhensible de la police

Le juge du procès a rejeté pratiquement toutes les allégations de conduite répréhensible de la police formulées par l'appelant, notamment la supposée formation « prématurée » d'un groupe de travail chargé d'enquêter sur des rumeurs et thèses journalistiques au sujet du comportement de l'appelant, des techniques d'enquête censément douteuses, des éléments de preuve manquants et des procédures d'arrestation. Il a néanmoins été [TRADUCTION] « préoccupé » par la [TRADUCTION] « grave erreur de jugement » (par. 87) commise par la police lorsqu'elle a confirmé que l'appelant était visé par une enquête avant même que des plaignantes aient été interrogées et encore moins que des accusations aient été portées. Cela contrevenait aux directives expresses du bureau du solliciteur général de la province en date du 6 février 1990 :

2002 SCC 12 (CanLII)

3. No police official shall disclose the fact of a police investigation, other than on a need-to-know basis within the Police Department, so as to maintain confidentiality and secrecy respecting the identity of a person who is the subject of an investigation.

The disclosure was not a slip. The trial judge found that the police officer checked with his superior officer before making the disclosure and issued the disclosure in the form of a press release. The effect, as pointed out by Freeman J.A., was that "[t]he story made national headlines some 17 months before charges were laid" (para. 24).

The majority judgment of the Nova Scotia Court of Appeal considered this event to be largely irrelevant to the issues under appeal because it relates to the police, not the prosecutors. I disagree. What this incident should have indicated to the Crown Attorney's office was that the police perceived themselves to be under a great deal of public pressure and that a "hard objective second look" at any charges ultimately laid would be of the highest importance to the fair and even-handed administration of justice. It is in such situations that the system of checks and balances is most severely tested.

2. Conduct of the Crown Prosecutors

There were three aspects, in particular, of the conduct of the prosecutors that indicated to the trial judge that the system of checks and balances did not operate in this case.

(a) *Judge Shopping*

The first aspect was the apparent willingness of the Senior Crown Attorney on the case, Ms. Susan Potts, to manipulate the court system to advantage the prosecution. This emerged in the RCMP minute of a meeting on July 15, 1994 between the Crown Attorney and RCMP investigators where she advocated judge shopping, i.e., using the Crown's scheduling privilege to get the case before a judge of its

[TRADUCTION] 3. Aucun agent de police ne peut divulguer le fait d'une enquête policière, sauf selon le principe de connaissance sélective au sein du service de police, de façon à protéger la confidentialité et le secret quant à l'identité de toute personne faisant l'objet d'une enquête.

La divulgation n'était pas l'effet d'une simple étourderie. Le juge du procès a constaté que l'agent de police avait consulté son supérieur avant de procéder à la communication et qu'il l'avait diffusée sous forme de communiqué de presse. Comme l'a souligné le juge Freeman, cela a eu pour résultat que [TRADUCTION] « [l]a nouvelle a fait les manchettes nationales quelque 17 mois avant que des accusations soient portées » (par. 24).

177 Dans son jugement majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a estimé que cet événement était en grande partie dénué de pertinence à l'égard des questions soulevées en appel parce qu'il implique la police et non les procureurs de la Couronne. Je ne suis pas d'accord. Cet incident aurait dû indiquer au bureau du procureur de la Couronne que les policiers sentaient beaucoup de pression de la part du public et qu'un [TRADUCTION] « examen rigoureux et objectif » de toutes les accusations qui seraient éventuellement portées serait d'une importance capitale pour assurer une administration équitable et impartiale de la justice. C'est dans de telles situations que le système de freins et de contrepoids est le plus durement mis à l'épreuve.

2. La conduite des procureurs de la Couronne

178 Trois aspects en particulier de la conduite des procureurs de la Couronne ont indiqué au juge du procès que le système de freins et contrepoids n'avait pas fonctionné en l'espèce.

a) *La recherche d'un juge accommodant*

179 Le premier aspect était la volonté apparente de la procureure principale de la Couronne affectée à l'affaire, M^e^ Susan Potts, de manipuler le système judiciaire en faveur de la poursuite. Cette volonté ressort du compte rendu donné par la GRC d'une réunion tenue le 15 juillet 1994 entre la procureure de la Couronne et les enquêteurs de la GRC, au cours de laquelle la procureure a préconisé la

2002 SCC 12 (CanLII)

own choosing, a practice which undermines both the reality and the appearance of the impartial administration of justice. The RCMP minute reads:

> There was some discussion in regards to where charges are laid and an appearance by Regan in court. [Crown counsel] Potts said that Judge Randall is sitting in Sept and it is not advisable to bring the matter before him — political appointment (Liberals). Oct may be the appropriate month. Potts is to keep monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest. [Emphasis added.]

180 The trial judge considered the note important because of what it revealed, namely that the Senior Crown Attorney with day-to-day responsibilities for the case had identified herself with the police point of view, and was "attempting to secure a conviction at all costs". The trial judge wrote (at para. 101):

> This entry represents a blatant attempt at judge shopping, pure and simple. It is offensive and most troubling. The reference to avoiding a particular judge is one distressing thing, the flagrant attempt at "*monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest*" [emphasis added by MacDonald A.C.J.] is even more disturbing. This gives the appearance of a Crown Attorney who is attempting to secure a conviction at all costs. [Emphasis added.]

181 The Nova Scotia Court of Appeal pointed out that eventually Ms. Potts left the case in 1996. This is true, but the trial judge was concerned about the absence of an objective view at the time the charges were laid, at which point (for example, the critical meeting with the RCMP on January 17, 1995) Ms. Potts was very much the heart and sinews of the prosecution team. The Crown says that the "judge shopping" comment was neither repeated nor acted on. We do not know this. The appellant attempted to subpoena Ms. Potts to testify at the abuse of process hearing but it seems that

recherche d'un juge accommodant, c'est-à-dire l'utilisation par la Couronne de son privilège de fixation d'une date afin que l'affaire soit entendue par un juge de son choix, pratique qui mine en réalité comme en apparence le caractère impartial de l'administration de la justice. Voici ce que dit le compte rendu de la GRC :

> [TRADUCTION] Il y a eu un échange au sujet de l'endroit où porter des accusations et de la comparution de M. Regan devant le tribunal. [La procureure de la Couronne] Potts a dit que le juge Randall siège en septembre et qu'il n'est pas souhaitable que l'affaire soit portée devant lui — nomination politique (libéraux). Le mois d'octobre peut être approprié. M^e^ Potts entend surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand, et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt. [Je souligne.]

Le juge du procès a considéré que cette note avait de l'importance en raison de ce qu'elle révélait, à savoir que la procureure principale de la Couronne affectée à la gestion courante de l'affaire s'était identifiée au point de vue de la police et [TRADUCTION] « tentait d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix ». Le juge du procès a écrit (au par. 101) :

> [TRADUCTION] Cette mention représente purement et simplement une tentative flagrante de recherche d'un juge accommodant. Elle est choquante et très préoccupante. Si l'allusion à la possibilité d'éviter un juge en particulier est désolante, la tentative flagrante de « *surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand, et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt* » [italiques ajoutés par le juge en chef adjoint MacDonald] est encore plus inquiétante. Elle projette l'image d'un procureur de la Couronne qui tente d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a souligné le fait que M^e^ Potts a cessé de s'occuper de l'affaire en 1996. C'est vrai, mais le juge du procès s'inquiétait de l'absence d'un point de vue objectif au moment de l'inculpation, période au cours de laquelle (la rencontre critique du 17 janvier 1995 avec la GRC en constituant un exemple) M^e^ Potts était l'âme et la force de l'équipe de la poursuite. Le ministère public dit que le commentaire sur la « recherche d'un juge accommodant » n'a pas été repris et est demeuré sans suite. Nous n'en savons rien. L'appelant a tenté de citer

2002 SCC 12 (CanLII)

her appearance was successfully blocked by Crown objections.

(b) *Joining Forces with the Police*

A few years before the investigation in this case, the prosecutorial branch in Nova Scotia was severely shaken by the findings of the *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) (the "Marshall Report"). In the course of inquiring into the wrongful conviction of Mr. Marshall, the Royal Commission found instances of political interference in charging decisions and differential treatment as between prominent citizens and the disadvantaged. The Marshall Report therefore recommended that the problems historically experienced in Nova Scotia be addressed by maintaining a "distinct line" between the police and the Crown law office (at p. 232):

> We recognize that cooperative and effective consultation between the police and the Crown is also essential to the proper administration of justice. But under our system, the policing function — that of investigation and law enforcement — is distinct from the prosecuting function. We believe the maintenance of a distinct line between these two functions is essential to the proper administration of justice. [Emphasis added.]

The accepted practice in Nova Scotia in the 1994-95 time period (i.e., the "local custom") was set out in a report submitted to the Minister of Justice for Nova Scotia concerning the status of the Public Prosecution Service in 1994, in which Professors Ghiz and Archibald of Dalhousie Law School stated as follows:

> In some Canadian jurisdictions, and in Nova Scotia prior to the Marshall Inquiry, prosecutors claimed the authority to direct the police in their general investigative duties (as well prior to as after the laying of charges), and sometimes purported to have the authority to order the police not to lay charges in specific cases. Pursuant to recommendations 36 and 37 of the Marshall Inquiry, as adopted by the Attorney General and the then Solicitor

M^e^ Potts à témoigner lors de l'audience relative à l'abus de procédure, mais il semble que les objections de la Couronne aient réussi à empêcher sa comparution.

b) *Cause commune avec la police*

182 Quelques années avant l'enquête dans la présente affaire, le ministère public en Nouvelle-Écosse a été fortement secoué par les conclusions du rapport *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) (« Rapport Marshall »). Au cours de son enquête sur l'erreur judiciaire ayant entraîné la condamnation de M. Marshall, la Commission royale a décelé des cas d'ingérence politique dans des décisions concernant l'inculpation et d'inégalité dans le traitement des citoyens selon qu'il s'agissait de personnes en vue ou défavorisées. Le Rapport Marshall a donc recommandé qu'on s'attaque aux problèmes survenus par le passé en Nouvelle-Écosse en maintenant une [TRADUCTION] « ligne de démarcation nette » entre la police et le bureau du procureur général (à la p. 232) :

> [TRADUCTION] Nous reconnaissons qu'une consultation marquée par la coopération et l'efficacité entre la police et le ministère public est aussi essentielle à la bonne administration de la justice. Toutefois, dans notre système, la fonction policière — la fonction d'enquête et d'application de la loi — est distincte de la fonction de poursuivant. Nous croyons que le maintien d'une ligne de démarcation nette entre ces deux fonctions est essentielle à la bonne administration de la justice. [Je souligne.]

183 La pratique acceptée en Nouvelle-Écosse au cours de la période 1994-1995 (c.-à-d. la « coutume locale ») a été exposée dans un rapport soumis au ministre de la Justice de la Nouvelle-Écosse sur l'état du service du ministère public en 1994. Les professeurs Ghiz et Archibald de la faculté de droit de Dalhousie y ont écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Dans certains ressorts canadiens, et en Nouvelle-Écosse avant l'enquête Marshall, les procureurs de la Couronne prétendaient être habilités à orienter les policiers dans leurs fonctions générales d'enquête (avant comme après le dépôt d'accusations), et parfois être habilités à ordonner à la police de ne pas porter d'accusation dans des cas particuliers. Conformément aux recommandations 36 et 37 de l'enquête Marshall,

2002 SCC 12 (CanLII)

General, there is now a clearer understanding of the importance of separating the policing and prosecution functions. Fundamentally, one might say the police have the right to investigate and lay charges unimpeded by Crown Prosecutors, while Prosecutors have the right to stop charges once laid. However, there is often a need for both pre-charge and post-charge consultation since the normal scenario is a cooperative rather than antagonistic relationship between Crowns and police, both of whom share common goals in the administration of criminal justice. The nature of this advice sought by police and given by Crowns is usually limited as to the appropriateness of a specific charge under the *Criminal Code* or the interpretation of a *Criminal Code* section, but the advice may also extend to whether or not certain evidence that has been gathered would be sufficient to sustain a case in court. [Emphasis in original.]

(J. A. Ghiz and B. P. Archibald, *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service: A Review and Evaluation* (1994), at pp. 41-42)

184 In my view, the Nova Scotia Court of Appeal did not meet the trial judge's point when it attempted to show that pre-charge involvement of Crown Attorneys with the police varies somewhat from province to province and cannot be regarded as in all circumstances and for all purposes objectionable. I agree that the test is a principled test (i.e., have objectivity and independence been maintained?) rather than mechanical (e.g., did the interview take place pre-charge or post-charge?), and that in principle the charging decision does not represent a "bright line" prior to which the involvement of a Crown Attorney is presumptively suspect.

185 Moreover, I agree with my colleague LeBel J., at para. 83, that:

. . . pre-charge Crown interviews may advance the interests of justice (see below), and because the pre- versus

telles qu'elles ont été adoptées par le Procureur général et par le Solliciteur général d'alors, l'importance de maintenir une séparation entre les fonctions de la police et celles de la poursuite est mieux comprise aujourd'hui. Fondamentalement, l'on peut dire que la police a le droit d'enquêter et de porter des accusations sans en être empêchée par les procureurs de la Couronne, tandis que les procureurs ont le droit de retirer des accusations après leur dépôt. Toutefois, il arrive souvent qu'ils doivent se consulter avant comme après le dépôt des accusations puisque le rapport normal entre les procureurs de la Couronne et la police est de type coopératif plutôt qu'antagonique, les deux services partageant des buts communs dans l'administration de la justice pénale. La nature de l'avis sollicité par la police et donné par les procureurs de la Couronne se limite habituellement à l'opportunité de déposer un chef d'accusation particulier en vertu du *Code criminel* ou à l'interprétation d'un article du *Code criminel*, mais l'avis peut aussi englober la question de savoir si certaines preuves qui ont été obtenues seraient suffisantes pour étayer une poursuite judiciaire. [Souligné dans l'original.]

(J. A. Ghiz et B. P. Archibald, *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service : A Review and Evaluation* (1994), p. 41-42)

À mon avis, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'a pas saisi le point de vue du juge du procès lorsqu'elle s'est efforcée de montrer que la coopération pré-inculpation des procureurs de la Couronne avec la police varie quelque peu d'une province à l'autre et ne peut être considérée comme répréhensible dans toutes les circonstances et à toutes fins. Je reconnais que le critère pertinent tient à des principes (c.-à-d. l'objectivité et l'indépendance nécessaires ont-elles été préservées?) et non à l'application d'une règle mécanique (c.-à-d. l'entrevue a-t-elle eu lieu avant ou après le dépôt des chefs d'accusation?), et que, en principe, la décision de porter des accusations ne représente pas une « ligne de démarcation très nette » en deçà de laquelle la participation d'un procureur de la Couronne est présumée suspecte.

De plus, je suis d'accord avec mon collègue le juge LeBel, au par. 83, pour dire que :

. . . ces entrevues [pré-inculpation par le ministère public] peuvent servir les intérêts de la justice (voir plus

2002 SCC 12 (CanLII)

post-charge distinction may distract attention away from the necessary vigilance to maintain objectivity throughout the proceedings. [Emphasis in original.]

The trial judge's concern was a principled concern. He deplored what he found to be the absence of independence and objectivity on the part of Ms. Potts and her colleagues in the Crown office working on this case. Those who engaged in the pre-charge interviews had acquired, for whatever reason, tunnel vision under the pressures of a high profile investigation of a politically prominent individual.

The trial judge was not opposed to the pre-charge involvement of the Crown. He had no trouble, for example, with the pre-charge involvement of Mr. Pearson, the Director of Public Prosecutions. He stated his concern more narrowly (at para. 121):

> The crucial issue before me is a more narrow one. It involves firstly, the Crown's determination to interview complainants pre-charge and secondly, the impact of that process on the number and types of charges that were ultimately laid. [Emphasis added.]

Some of the trial judge's observations on the dangers of interviewing complainants pre-charge may have gone beyond the "narrow" issue he had identified for himself. I do not, for example, think he should be taken to say that pre-charge interviews *necessarily* give rise to a loss of objectivity. Not only did he endorse pre-charge interviews for certain limited purposes but he was dealing with a loss of objectivity that pre-dated even the initial Crown interviews. Ms. Potts made the judge-shopping comment on July 15, 1994, but she did not begin her interviews of the complainants until over four months later, on November 17, 1994.

Taking his reasons as a whole, the trial judge appeared to accept (as I do) the correctness of the evidence of Dr. Philip Stenning, which the

loin) et [. . .] la distinction entre les entrevues antérieures et postérieures au dépôt des accusations est susceptible de détourner l'attention de la vigilance nécessaire au maintien de l'objectivité du début à la fin des procédures. [Souligné dans l'original.]

186 La préoccupation du juge du procès s'appuyait sur des principes. Il déplorait l'absence d'indépendance et d'objectivité qu'il avait constatée de la part de M^e^ Potts et de ses collègues du bureau du ministère public affectés à l'affaire. Ceux qui avaient participé aux entrevues pré-inculpation avaient adopté, pour une raison ou une autre, une vision étroite des choses sous les pressions d'une enquête fortement médiatisée visant une personnalité politique très en vue.

187 Le juge du procès ne s'opposait pas à la participation pré-inculpation du ministère public. Pour lui, par exemple, la participation pré-inculpation de M^e^ Pearson, directeur des poursuites criminelles, ne posait aucun problème. Il a circonscrit sa préoccupation en ces termes (au par. 121) :

> [TRADUCTION] La question cruciale dont je suis saisi est plus circonscrite. Elle porte en premier lieu sur la détermination du procureur de la Couronne à interroger les plaignantes avant le dépôt des accusations, puis, en deuxième lieu, sur l'effet de ce processus sur le nombre et les types d'accusations qui ont finalement été portées. [Je souligne.]

188 Certaines des observations du juge du procès sur les dangers d'interroger des plaignantes avant l'inculpation peuvent avoir dépassé la question « circonscrite » qu'il avait identifiée comme objet de son examen. Je ne pense pas, par exemple, qu'il a voulu dire que les entrevues pré-inculpation entraînent *nécessairement* une perte d'objectivité. Non seulement il a approuvé la tenue d'entrevues pré-inculpation à certaines fins limitées, mais il était saisi d'une perte d'objectivité antérieure même aux premières entrevues menées par les procureurs de la Couronne. M^e^ Potts a fait le commentaire sur la recherche d'un juge accommodant le 15 juillet 1994, mais elle n'a entrepris ses entrevues auprès des plaignantes que quatre mois plus tard, le 17 novembre 1994.

189 Si l'on tient compte de l'ensemble de ses motifs, le juge du procès semble avoir accepté (comme je le fais) la justesse de la déposition de M. Philip

2002 SCC 12 (CanLII)

trial judge summarized as follows (at paras. 115-16):

> Dr. Philip Stenning was arguably the Crown's most qualified expert. He has dedicated his entire academic career to studying the role of the Crown and has published extensively on this topic. Like Mr. Gover, he feels it would be an over-simplification to decree that a prosecutor should never interview pre-charge. Everything must be placed in context he feels, and local customs must be acknowledged and respected. Despite what might be stated in the *Martin* and *Marshall Reports*, he feels there is still room for the Crown to interview pre-charge in appropriate circumstances.
>
> . . . [He] does concede that such occasions would be rare.

190 The specific problems here, therefore, were breach of what Dr. Stenning termed a "local custom" of maintaining a distinct division of responsibilities that was perhaps more emphasized in Nova Scotia than elsewhere due to well-publicized problems with the Crown Attorney's office over the preceding ten years or so, and the problematic motive for the breach. As to the former, the trial judge's concern was not with cross-Canada variations but whether or not the Crown Attorneys in Nova Scotia observed the local rules that had been put in place following the Marshall Report. Their willingness to ignore the "distinct line" between their role and that of the police, accepted by Nova Scotia following the Marshall Report, showed a zeal for the laying of more charges that "homogenized" what were supposed to be distinct and separate functions. Instead of the police laying charges and the Crown providing a "hard objective second look", the Crown had subordinated itself and become a supporting actor in the initial charging decision, which the trial judge described as a "joint . . . decision". As to motive, the trial judge recognized several legitimate reasons to interview a complainant pre-charge, for example, to prevent an accused "from going through the embarrassment (humiliation) of being charged only to later have the charges dropped or stayed" (para. 117), rapport building to encourage informed willingness to participate,

Stenning, qu'il a résumée de la façon suivante (aux par. 115-116) :

> [TRADUCTION] Monsieur Philip Stenning était sans doute l'expert du ministère public le plus qualifié. Il a consacré toute sa carrière de chercheur à l'étude du rôle du ministère public et il a publié nombre de textes sur ce sujet. À l'instar de M. Gover, il pense que ce serait faire preuve de simplisme que de décréter qu'un procureur ne devrait jamais mener d'entrevues pré-inculpation. À son avis, tout doit être considéré dans son contexte, et les coutumes locales doivent être reconnues et respectées. Malgré ce qu'on peut en dire dans les *rapports Martin* et *Marshall*, il estime qu'il est encore loisible au ministère public de mener des entrevues pré-inculpation lorsque les circonstances s'y prêtent.
>
> . . . [Il] concède que de telles occasions seraient rares.

Les problèmes particuliers en cause en l'espèce étaient, d'abord, une dérogation à ce que M. Stenning a appelé une [TRADUCTION] « coutume locale » consistant à maintenir une nette séparation entre les responsabilités, qui était peut-être plus accentuée en Nouvelle-Écosse qu'ailleurs par suite des problèmes très médiatisés que le bureau du procureur de la Couronne avait connus au cours de la décennie précédente, puis le motif problématique de la dérogation. En ce qui a trait au premier problème, le sujet de préoccupation du juge du procès n'était pas tant la diversité des pratiques à l'échelle du Canada que la question de savoir si les procureurs de la Couronne de la Nouvelle-Écosse avaient observé les règles locales établies dans la foulée du Rapport Marshall. Leur empressement à faire fi de la « ligne de démarcation très nette » entre leur rôle et celui de la police, acceptée par la Nouvelle-Écosse à la suite du Rapport Marshall, dénotait un zèle à porter davantage d'accusations qui a eu pour effet d'« homogénéiser » des fonctions censées demeurées distinctes et séparées. Au lieu de laisser à la police la tâche de porter des accusations et de s'acquitter de celle de procéder à un « examen rigoureux et objectif » des inculpations, le ministère public s'est subordonné pour s'attribuer un second rôle dans la décision initiale concernant l'inculpation, que le juge du procès a qualifiée de [TRADUCTION] « décision [. . .] commune ». En ce qui a trait au motif, le juge du procès a reconnu qu'il existait plusieurs raisons légitimes d'interroger un plaignant

2002 SCC 12 (CanLII)

or assessing victim credibility. He said (at para. 118):

> The Crown in the case at bar has given its reasons for interviewing pre-charge. They include "rapport building" and assessing victim credibility. Yet, despite these stated intentions, it is clear according to one R.C.M.P. file reviewer that the purpose for at least some of these pre-charge Crown interviews was to have reluctant complainants change their minds and come forward. [Emphasis added.]

The purpose here, apparently, was not to "build rapport" with complainants who were worried about the court process, which would be a perfectly acceptable reason for a pre-charge interview. The trial judge saw the Crown involvement in "changing their minds" as simply another aspect of the Crown's joining the police team rather than exercising a "level of independent review". In this respect, he quoted (at para. 118) a contemporaneous RCMP internal note dated January 17, 1995, which recorded:

> It is now the investigators and the Crown's belief that if these persons could be re-interviewed with both the Crown Prosecutor and police investigator present there would be a greater chance of them changing their minds. [Emphasis added.]

This was to further the police strategy of a "broadly based prosecution", as it was described by counsel for the Crown in this Court. In my view, the trial judge was correct in his criticism. If the charges were examined and approved one by one, the Crown might wind up with a "broadly based prosecution", but the Crown ought not to start out with the objective of a broadly based prosecution and then *afterwards* look to approve individual charges to make

avant le dépôt des accusations, par exemple pour protéger l'accusé [TRADUCTION] « de l'embarras (l'humiliation) d'être accusé, alors que les accusations portées contre lui seront retirées ou suspendues » (par. 117), pour établir de bons rapports avec les plaignants afin de les inciter à décider, de façon éclairée, de participer à la poursuite ou pour apprécier la crédibilité des victimes. Il a dit (au par. 118) :

> [TRADUCTION] Le ministère public a exposé en l'espèce les raisons pour lesquelles il avait mené des entrevues pré-inculpation. Elles comprennent « l'établissement de bons rapports » et l'appréciation de la crédibilité des victimes. Or, malgré ces intentions déclarées, il est clair, selon un membre de la GRC qui a révisé le dossier, que le but d'au moins certaines de ces entrevues pré-inculpation était de faire en sorte que des plaignantes réticentes changent d'idée et décident d'aller de l'avant. [Je souligne.]

191

Le but n'était apparemment pas ici d'« établir de bons rapports » avec des plaignantes qui éprouvaient de la crainte devant le processus judiciaire, ce qui aurait été une raison parfaitement valable de mener des entrevues pré-inculpation. Le juge du procès a vu dans la participation des procureurs de la Couronne visant à encourager les plaignantes à « changer d'idée » un autre aspect de la tendance des procureurs à s'associer à l'équipe de la police plutôt que d'assurer un [TRADUCTION] « niveau de contrôle indépendant ». Il a cité (au par. 118) à cet égard une note de service contemporaine de la GRC datée du 17 janvier 1995 portant que :

> [TRADUCTION] Les enquêteurs et le ministère public croient maintenant que si ces personnes pouvaient être réinterrogées en présence à la fois du procureur de la Couronne et de la police, les chances qu'elles changent d'idée seraient bien meilleures. [Je souligne.]

Cela devait favoriser la stratégie de la police visant une [TRADUCTION] « poursuite fondée sur une large base », comme l'a décrite l'avocat du ministère public devant notre Cour. À mon avis, la critique faite par le juge du procès est fondée. Si les accusations avaient été examinées et approuvées à tour de rôle, le ministère public aurait peut-être fini par engager une « poursuite fondée sur une large base », mais le ministère public ne devrait pas viser au

2002 SCC 12 (CanLII)

it happen. This is what the trial judge criticized (at para. 123):

> The Crown's role in response is to objectively assess the case globally. As ministers of justice they are to dispassionately protect the process which includes protecting the rights of the applicant. In this case the Crown did not review the investigators' charging decision. They became part of it. They interviewed all potential complainants. Their involvement became subjective by nature. Like the police, it is understandable that they would have strong feelings. Not surprisingly and as Mr. Reid confirmed, they eventually came to see the case the same way the police saw it. That would be fine if their review was totally objective; as was Mr. Pearson's. It becomes problematic when what was to be a review becomes a joint endeavour and a joint decision. That I believe is what happened in the case at bar.

192 On this point, Freeman J.A., dissenting, made the following comment, with which I agree (at para. 67):

> While expert opinions varied as to the rare circumstances in which precharge interviews may be engaged in by the Crown without imperiling Crown objectivity, there was agreement that Crown objectivity itself was an essential component of Canadian justice. If such a value exists then it must have a home within the system, and there must be remedies for lapses.

In my opinion, such a value exists and its home is in s. 7 of the *Charter*.

193 The Crown's effort to lay the responsibility for all this on the head of Ms. Susan Potts is unconvincing. As mentioned, when the defence attempted to subpoena Ms. Potts to testify about the extent and depth of alleged loss of objectivity among the prosecutors, the Crown resisted and she never had the opportunity to explain her conduct to the court. I do not say the Crown's objections to her testimony were either unfounded or unreasonable. I say only that the Crown cannot draw a self-serving conclusion from this unfortunate situation when the

départ une poursuite fondée sur une large base puis, *par la suite*, chercher à approuver des accusations particulières afin d'y parvenir. C'est cette attitude que le juge du procès a critiquée (au par. 123) :

> [TRADUCTION] Le rôle du ministère public en retour consiste à apprécier objectivement la cause de façon globale. À titre de représentants de la justice, les procureurs de la Couronne doivent protéger le processus avec impartialité, ce qui comprend la protection des droits du requérant. En l'espèce, les procureurs de la Couronne n'ont pas examiné la décision concernant l'inculpation prise par les enquêteurs. Ils s'y sont associés. Ils ont interrogé toutes les plaignantes potentielles. Leur participation est devenue subjective par nature. À l'instar des policiers, il était compréhensible qu'ils éprouvent de forts sentiments. Comme on pouvait s'y attendre et comme l'a confirmé M^e^ Reid, leur perception de l'affaire a fini par rejoindre celle des policiers. Cela ne porterait pas à conséquence si leur examen avait été totalement objectif, comme celui de M^e^ Pearson. Un problème surgit lorsque ce qui devrait être un contrôle cède la place à une entreprise commune et à une décision commune. Je crois que c'est ce qui s'est passé en l'espèce.

Sur ce point, le juge Freeman, dissident, a fait le commentaire suivant, auquel je souscris (au par. 67) :

> [TRADUCTION] Même si les opinions d'experts divergeaient en ce qui a trait aux rares circonstances dans lesquelles les procureurs de la Couronne peuvent mener des entrevues pré-inculpation sans compromettre leur objectivité, il y avait accord sur le fait que l'objectivité des procureurs de la Couronne en soi est un élément essentiel de la justice canadienne. Si une telle valeur existe, elle doit trouver place dans le système et des recours doivent être possibles en cas de manquement.

À mon avis, une telle valeur existe et elle trouve place à l'art. 7 de la *Charte*.

La tentative du ministère public de faire porter la responsabilité de tout cela à M^e^ Susan Potts n'est pas convaincante. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, lorsque la défense a tenté de citer M^e^ Potts à témoigner au sujet de l'étendue et de la gravité de la perte d'objectivité alléguée de la part des procureurs de la Couronne, le ministère public s'y est opposé et celle-ci n'a jamais eu l'occasion d'expliquer sa conduite devant la cour. Je ne dis pas que les objections du ministère public à son témoignage étaient dénuées de fondement

2002 SCC 12 (CanLII)

critical evidence went unheard because of the Crown's objection.

(c) *Count 16*

This count related to a 24-year-old news reporter who says that in 1976 she was forcibly fondled by the appellant in a hotel room while being pushed onto a bed. She was unwilling to become involved as a complainant. The police wanted count 16 before the court because it would enable them to lead "similar fact" evidence of a more significant incident in Alberta in 1990. The police apparently thought this 1990 incident would add credibility to their "broadly based prosecution" strategy by making the series of charges appear less stale and more up to date. This strategy was reflected in Staff Sergeant Fraser's internal RCMP report of December 9, 1994:

The investigation surfaced many victims and charges to be laid should reflect the whole picture. The report, dated 94-06-28, from the Public Prosecution Service [the Pearson opinion] recommended that charges be laid in respect to four victims. This in effect shows that the subject was active in his early years however the investigation surfaced evidence to support the fact that the offenses continued throughout the period 1960-1990. For this reason, it was requested by C/Supt. FALKINGHAM that Crown review the evidence and consider laying charges in all instances so that the gravity of the subject's actions be properly presented to give the full picture.

The obstacle to this "full picture" strategy is that the only complainant more recent than 1978 was the Alberta allegation that could not be prosecuted in Nova Scotia. The Crown therefore decided to prosecute count 16 as a gateway to introduce the Alberta evidence, thereby extending by 12 years "the full picture".

ou déraisonnables. Je dis seulement que le ministère public ne peut tirer une conclusion intéressée de cette situation déplorable lorsque c'est par suite de son opposition qu'une preuve cruciale n'a pas été entendue.

c) *Le seizième chef d'accusation*

194 Ce chef a trait à une journaliste de 24 ans qui prétend avoir été caressée lascivement contre son gré par l'appelant qui l'a poussée sur un lit dans une chambre d'hôtel en 1976. Elle ne voulait pas être mêlée à l'affaire en qualité de plaignante. La police voulait saisir la cour du 16e chef d'accusation pour pouvoir ainsi produire une preuve de « faits similaires » à l'égard d'un incident plus important survenu en Alberta, en 1990. La police estimait apparemment que l'incident de 1990 ajouterait de la crédibilité à sa stratégie de [TRADUCTION] « poursuite fondée sur une large base » en atténuant la caducité apparente de la série d'accusations et en les faisant paraître plus récentes. Cette stratégie trouve écho dans le rapport interne du sergent d'état-major Fraser de la GRC, en date du 9 décembre 1994 :

[TRADUCTION] L'enquête a mis au jour l'existence de nombreuses victimes et les accusations portées devraient refléter l'ensemble du tableau. Le rapport, daté du 94-06-28, du Service des poursuites criminelles [l'avis de Me Pearson] a recommandé le dépôt d'accusations concernant quatre victimes. Cela montre en réalité que le sujet était actif dans ses jeunes années, mais l'enquête a fait ressortir des éléments de preuve pour appuyer le fait que les infractions se sont poursuivies pendant la période s'échelonnant de 1960 à 1990. Voilà pourquoi le surintendant principal FALKINGHAM a demandé aux procureurs de la Couronne d'examiner la preuve et d'envisager le dépôt d'accusations dans tous les cas, de sorte que la gravité des actes du sujet soit présentée adéquatement pour brosser un tableau complet.

195 L'obstacle à cette stratégie du « tableau complet » tient au fait que la seule plainte concernant des événements postérieurs à 1978 était l'allégation émanant de l'Alberta, qui ne pouvait donner lieu à une poursuite en Nouvelle-Écosse. Le ministère public a par conséquent décidé de poursuivre le 16e chef d'accusation pour ouvrir la porte à la preuve de l'incident survenu en Alberta, élargissant ainsi le « tableau complet » de 12 années.

2002 SCC 12 (CanLII)

196 The majority judgment of the Nova Scotia Court of Appeal considered count 16 to be valid in its own right, and the trial judge's condemnation of the police strategy to be misconceived. Cromwell J.A. writes, at para. 140:

> There is nothing inherently objectionable in the Crown considering questions of the admissibility of evidence and their impact on the prospects of conviction when deciding to proceed with charges.

I agree, but that is not the point taken by the trial judge. His concern with count 16, as was his concern with the judge-shopping comment and the pre-charge interviews, was the Crown's apparent inability or unwillingness to assert its independence from the police strategies. On count 16 the trial judge said (at para. 158):

> Yet the Crown's goal as I see it was to have the jury hear and (presumably act upon) the complaint of A.R.S., a similar fact witness. Similar fact evidence is only admissible if relevant to proving the listed charge. You cannot lay a charge in order to get similar fact evidence in. Such a concept would be totally contrary to the very essence of this exclusionary rule.

197 In my view, the trial judge's concern was quite appropriate. Similar fact evidence is generally inadmissible but will be permitted where its probative value exceeds its prejudicial effect: *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 952, and *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 735. The trial judge concluded that count 16 was to be used as a vehicle to get otherwise inadmissible evidence before the jury to extend and perhaps distort "the full picture". Whether or not a conviction was entered on count 16 was, according to the trial judge's finding of fact, of secondary importance to the police and the Crown. This was a reversal of the natural and proper order of considerations, and showed to his satisfaction that over-zealousness by the Crown was still operating more than a year after Ms. Potts left the case.

Dans son jugement majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le 16e chef d'accusation est valide en soi et que le juge du procès a commis une erreur en condamnant la stratégie de la police. Le juge Cromwell a écrit, au par. 140 :

> [TRADUCTION] Il n'y a rien de fondamentalement répréhensible à ce que le ministère public évalue l'admissibilité de la preuve et son effet sur les perspectives d'obtenir une déclaration de culpabilité pour décider de l'opportunité d'engager des poursuites.

Je suis d'accord, mais ce n'est pas ce dont se préoccupait le juge du procès. Sa préoccupation au sujet du 16e chef d'accusation, tout comme sa préoccupation touchant la recherche d'un juge accommodant et les entrevues pré-inculpation, portait sur l'incapacité ou la réticence apparentes du ministère public à affirmer son indépendance par rapport aux stratégies de la police. Voici ce que le juge du procès a dit au sujet du 16e chef d'accusation (au par. 158) :

> [TRADUCTION] Pourtant le but du ministère public tel que je le perçois était de faire en sorte que le jury entende (pour vraisemblablement y donner suite) la plainte d'A.R.S., témoin de faits similaires. La preuve de faits similaires n'est admissible que si elle est pertinente pour ce qui est d'établir le chef inscrit. Vous ne pouvez porter une accusation afin d'introduire une preuve de faits similaires. Une telle notion serait en totale contradiction avec l'essence même de cette règle d'exclusion.

À mon avis, la préoccupation du juge du procès était fondée. La preuve de faits similaires est en général inadmissible, mais elle peut être permise si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable : *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949, p. 952, et *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 735. Le juge du procès a conclu que le 16e chef d'accusation devait servir comme moyen de soumettre au jury une preuve par ailleurs inadmissible afin d'étendre et peut-être de dénaturer le « tableau complet ». Que le 16e chef d'accusation entraîne ou non une déclaration de culpabilité importait peu pour la police et le ministère public, selon la conclusion de fait qu'a tirée le juge du procès. Cette façon d'agir bouleversait l'ordre naturel et normal des facteurs à considérer et lui prouvait de façon concluante que l'excès de zèle du ministère public se manifestait encore un an après le retrait de Me Potts du dossier.

2002 SCC 12 (CanLII)

(d) *Preferring the Direct Indictment*

The majority decision of the Nova Scotia Court of Appeal concluded that even if proper procedures were not followed in the laying of the charges in 1995 (and the subsequently added charges), the omission was cured by the preferral of the direct indictment on April 10, 1997. In this respect, Cromwell J.A. in a number of passages interprets the trial judge's decision as saying the "discretion to prefer a direct indictment, some two years after the initial charges were laid, was properly exercised" (para. 105 (emphasis added); see also paras. 143 and 173). The "cleansing effect" of the direct indictment is endorsed by my colleague LeBel J. at para. 109.

I think the so-called "cleansing effect" of a direct indictment is overstated. While s. 577(*c*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires "the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General", the purpose of this provision is to engage the responsibility of senior officials, not necessarily to compel their sustained and undivided attention to the nuts and bolts of a prosecution. Under our notions of ministerial responsibility, much is done on the basis of the signature of a Minister or Deputy Minister that he or she could not possibly have reviewed in any detail. They rely (and it is expected that they rely) on advice from their officials. In this case, the officials were the very people whose conduct the appellant complains about.

The extracts of the record before us, which are restricted to factual matters relevant to the legal issues, exceed 1200 pages in length. I do not say that the Attorney General or his Deputy did not master the file, but I would require more evidence than we have been given before accepting as realistic the conclusion that they did so to the point of "cleansing" the failures in the system of checks and balances that had occurred earlier. This is particularly so when the real explanation for the direct indictment is perfectly clear. The direct indictment

d) *La mise en accusation directe*

198 Dans sa décision majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que même si quelque irrégularité avait été commise dans le dépôt des accusations en 1995 (et des accusations qui s'y sont ajoutées par la suite), elle a été corrigée par la mise en accusation directe effectuée le 10 avril 1997. À cet égard, le juge Cromwell, dans nombre de passages, interprète la décision du juge du procès comme portant que [TRADUCTION] « le pouvoir discrétionnaire de procéder par voie de mise en accusation directe deux ans après les accusations initiales a été exercé à bon droit » (par. 105 (je souligne); voir aussi les par. 143 et 173). Mon collègue le juge LeBel reconnaît l'« effet correcteur » de la mise en accusation directe, au par. 109.

199 Je pense qu'on surestime ce que l'on appelle l'« effet correcteur » d'une mise en accusation directe. Bien que l'al. 577*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige « le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général », cette disposition a pour but d'engager la responsabilité de hauts fonctionnaires, et pas nécessairement de les obliger à accorder toute leur attention, de façon soutenue, aux multiples aspects pratiques d'une poursuite. Nos principes de responsabilité ministérielle veulent que beaucoup de mesures prises s'appuient sur la signature du ministre ou du sous-ministre, alors qu'ils ne peuvent les avoir toutes examinées en détail. Ils s'en remettent (et on s'attend à ce qu'ils s'en remettent) à l'avis de leurs fonctionnaires. En l'espèce, ces fonctionnaires sont les personnes mêmes dont l'appelant se plaint de la conduite.

200 Les extraits du dossier dont nous disposons, et qui se limitent aux questions factuelles pertinentes quant aux questions de droit, comptent plus de 1 200 pages. Je ne dis pas que le procureur général ou son sous-procureur ne maîtrisaient pas le dossier, mais je devrais disposer d'une preuve plus étoffée que celle qui nous a été soumise pour juger réaliste la conclusion selon laquelle ils le maîtrisaient au point de « corriger » les ratés du système de freins et contrepoids survenus plus tôt. Cela vaut particulièrement lorsque la véritable raison expliquant la mise

2002 SCC 12 (CanLII)

was recommended to the Attorney General because the preliminary hearing had run the better part of a year and showed no signs of an early conclusion.

201 In any event, I view the trial judge's finding on this point somewhat differently than did the Nova Scotia Court of Appeal majority. What the trial judge said, in fact (at para. 131), is that he was

> not convinced that the Crown acted *mala fides* in its decision. The preliminary inquiry was very lengthy. If the Crown was so ill-motivated, it could have preferred the direct indictment at the outset or at least sooner than it did.

202 A finding of *mala fides* or bad faith is not, of course, a condition precedent to finding an abuse of process: *Keyowski*, *supra*, at p. 659. The trial judge found that the Crown had not acted in bad faith to shut down a preliminary inquiry that had already run from April 9, 1996 to February 25, 1997. His comment about *mala fides* did not address and was not intended to address the appellant's much broader complaint of a failure by the Crown, for whatever reason, to review in an objective and even-handed way the appropriateness of the "minor" charges that Mr. Pearson had earlier rejected, and charges in the same category laid subsequently, in light of all the factors touching on the public interest. As to the direct indictment issue, I agree with Freeman J.A. in dissent (at para. 15):

> Whether the decision was fixable at that stage [i.e., of the direct indictment] is not the issue. Justice MacDonald did not find it had been fixed.

203 In light of the trial judge's conclusion that the charging process was fundamentally flawed, and the fact that he eventually entered a stay against nine of the lesser charges, it is apparent that while he did not regard the direct indictment that cut short the

en accusation directe est parfaitement claire. La mise en accusation directe a été recommandée par le procureur général parce que l'enquête préliminaire s'était étirée pendant une bonne partie de l'année sans que rien ne laisse présager qu'elle se terminerait sous peu.

Quoi qu'il en soit, ma perception de la conclusion tirée par le juge du procès sur ce point diffère quelque peu de celle de la majorité des juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Ce que le juge du procès a dit, en fait (au par. 131), c'est qu'il n'était

> [TRADUCTION] pas convaincu que le ministère public a agi de mauvaise foi dans sa décision. L'enquête préliminaire a été très longue. Si le ministère public avait été si mal intentionné, il aurait pu procéder par voie de mise en accusation directe dès le début ou, du moins, plus tôt qu'il ne l'a fait.

Il n'est pas nécessaire que la mauvaise foi soit établie pour conclure à un abus de procédure : *Keyowski*, précité, p. 659. Le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas agi de mauvaise foi lorsqu'il a mis fin à une enquête préliminaire qui s'était déjà étirée du 9 avril 1996 au 25 février 1997. Son commentaire au sujet de la mauvaise foi n'avait ni pour effet ni pour but de répondre à la plainte de portée beaucoup plus large de l'appelant au sujet du défaut du ministère public, pour quelque raison que ce soit, d'examiner de façon objective et impartiale l'opportunité des accusations « mineures » que M^e^ Pearson avait rejetées antérieurement, et des accusations de la même catégorie portées par la suite, à la lumière de tous les facteurs liés à l'intérêt public. En ce qui a trait à la question de la mise en accusation directe, je suis d'accord avec les motifs dissidents du juge Freeman (au par. 15) :

> [TRADUCTION] La question de savoir si la décision pouvait être corrigée à ce stade [c.-à-d. lors de la mise en accusation directe] n'est pas en cause. Le juge MacDonald n'a pas conclu qu'elle avait été corrigée.

Compte tenu de la conclusion du juge du procès quant à l'irrégularité fondamentale du processus d'inculpation et du fait qu'il a finalement ordonné la suspension de la poursuite relativement à neuf des accusations les moins graves, il semble que,

2002 SCC 12 (CanLII)

preliminary inquiry as tainted with *mala fides* on that account, he nevertheless concluded that in limited respects it was inappropriate. He specifically so found in relation to count 16, which was not laid until the direct indictment, i.e., long after Ms. Potts had left the prosecution team.

même s'il n'a pas considéré la mise en accusation directe qui a mis fin à l'enquête préliminaire comme entachée de mauvaise foi, il n'en a pas moins conclu qu'elle était irrégulière. Il a expressément conclu en ce sens au sujet du 16e chef d'accusation qui n'a été déposé qu'au moment de la mise en accusation directe, c'est-à-dire longtemps après que Me Potts eut quitté l'équipe de la poursuite.

The direct indictment in this case was not a cleanser. At best it was a missed opportunity.

204 En l'espèce, la mise en accusation directe n'était pas un correctif. Il s'agissait, au mieux, d'une occasion manquée.

I would not want to leave this branch of the case without repeating the apposite observations of McLachlin J. (as she then was) and Major J. in *Curragh*, *supra*. Although written in dissent, they are sentiments with which no member of the Court would disagree (at para. 120):

205 Je ne voudrais pas conclure sur cet aspect de l'affaire sans reprendre les remarques très à propos du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et du juge Major dans l'arrêt *Curragh*, précité. Même si elles figurent dans des motifs dissidents, elles expriment une opinion à laquelle tous les membres de notre Cour acquiesceraient (au par. 120) :

> [I]t is especially where pursuit of truth is righteous that we must guard against overreaching on the part of those charged with the authority to investigate and prosecute crimes. We cannot be tolerant of abusive conduct and dispose of due process, however serious the crimes charged. High profile trials, by their nature, attract strong public emotions. In our society the Crown is charged with the duty to ensure that every accused person is treated with fairness. . . . When the Crown allows its actions to be influenced by public pressure the essential fairness and legitimacy of our system is lost. We sink to the level of a mob looking for a tree.

> [C]'est précisément lorsque la recherche de la vérité est justifiée que nous devons nous prémunir contre le zèle des personnes investies du pouvoir d'enquêter sur les crimes et de les poursuivre. Nous ne pouvons tolérer les conduites abusives et faire fi de l'application régulière de la loi, quelle que soit la gravité des crimes reprochés. De par leur nature même, les procès fortement médiatisés suscitent de vives émotions dans le public. Dans notre société, le ministère public a le devoir de veiller à ce que tout inculpé soit traité avec équité [. . .] Lorsque le ministère public laisse la pression de l'opinion publique influencer ses actions, l'équité et la légitimité essentielles à notre système sont perdues. Et nous nous rabaissons alors au niveau d'une bande de lyncheurs à la recherche d'une branche assez solide.

I would uphold in this case the trial judge's conclusion that the nine charges that he stayed represented, in all the circumstances, an abuse of process.

206 Je suis d'avis de confirmer en l'espèce la conclusion du juge du procès que les neufs accusations dont il a ordonné la suspension représentaient, eu égard à toutes les circonstances, un abus de procédure.

II. Stay of Proceedings

II. La suspension des procédures

Demonstration of an abuse of process does not, of course, lead to an automatic stay of proceedings.

207 La démonstration d'un abus de procédure ne conduit pas, bien sûr, à la suspension automatique des procédures.

This is particularly true where, as here, the trial judge concluded that notwithstanding the passage of

208 Cela est tout particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, le juge du procès a conclu que,

2002 SCC 12 (CanLII)

time and the difficulty of getting to the bottom of momentary events that happened 24 to 34 years ago, the appellant's fair trial interests have not been prejudiced by the conduct found to amount to an abuse of process.

209 The inherent power of a superior court to stay proceedings that are an abuse of power was recognized in Canada in the nineteenth century, called into question in *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, and *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, but affirmed again with *Jewitt*, *supra*. In *Rourke*, Pigeon J., for the majority, concluded, consistent with earlier statements in *Osborn*, that "I cannot admit of any general discretionary power in courts of criminal jurisdiction to stay proceedings regularly instituted because the prosecution is considered oppressive" (p. 1043), while also stating that "[i]f there is the power", it "should only be exercised in the most exceptional circumstances" (p. 1044).

210 The controversy over whether the discretion to stay for abuse of process was an option that had been completely foreclosed in Canada remained in doubt until *Jewitt*, *supra*, where Dickson C.J., for a unanimous Court, affirmed the availability of a stay of proceedings to remedy an abuse of process and *Osborn* and *Rourke* were read narrowly. This Court affirmed the existence of the residual discretion of a trial judge to stay proceedings where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (pp. 136-37). Further, he added, the power can be exercised only in the "clearest of cases".

211 In *Jewitt*, Dickson C.J. alluded briefly to the concern about the defendant receiving a procedural windfall of sorts. "The stay of proceedings

malgré l'écoulement du temps et la difficulté de faire toute la lumière sur des événements isolés survenus il y a entre 24 et 34 ans, la conduite jugée équivalente à un abus de procédure n'a pas porté atteinte aux droits de l'appelant à un procès équitable.

Le pouvoir inhérent d'une cour supérieure d'ordonner la suspension de procédures qui constituent un abus de pouvoir a été reconnu au cours du dix-neuvième siècle au Canada, remis en question dans les arrêts *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, et *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, puis réaffirmé dans l'arrêt *Jewitt*, précité. Dans l'arrêt *Rourke*, le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la majorité, a tiré la conclusion suivante, en accord avec les énoncés antérieurs de l'arrêt *Osborn* : « je ne puis admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures régulièrement instituées, parce que la poursuite est considérée comme oppressive » (p. 1043). Il a pourtant ajouté que ce pouvoir, s'il existe, « ne devrait être exercé que dans les circonstances les plus exceptionnelles » (p. 1044).

La controverse sur la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire de suspension en cas d'abus de procédure était une option qui avait été complètement fermée au Canada est demeurée sans réponse jusqu'au prononcé de l'arrêt *Jewitt*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a confirmé, au nom de notre Cour à l'unanimité, le recours à la suspension des procédures comme réparation dans les cas d'abus de procédure, et donné une interprétation restrictive des arrêts *Osborn* et *Rourke*. Notre Cour a confirmé l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès de suspendre l'instance lorsque « forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire » (p. 136-137). Il a ajouté que ce pouvoir ne peut, en outre, être exercé que dans les « cas les plus manifestes ».

Dans l'arrêt *Jewitt*, le juge en chef Dickson a fait brièvement allusion à la crainte que le défendeur ne tire indûment avantage de la procédure. « La

2002 SCC 12 (CanLII)

for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction" (p. 148). That concern was more fully developed, along with an elaboration of the abuse of process doctrine, in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, by L'Heureux-Dubé J. for the majority:

> Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits . . ., but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society". . . . It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

See also *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, *per* McLachlin J., at pp. 1007-8.

The residual category of cases where a stay of proceedings is available notwithstanding the fact the abuse of process found to exist does not affect the fairness of the trial (or impair the more specific procedural rights in the *Charter*) was further elaborated in *O'Connor*, *supra*, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 73:

> This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis » (p. 148). Le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité, a examiné cette préoccupation plus à fond, tout comme la doctrine de l'abus de procédure, dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667 :

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

Voir également *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge McLachlin, p. 1007-1008.

212 La catégorie résiduelle de causes donnant ouverture à une suspension des procédures malgré que l'abus de procédure constaté ne touche pas l'équité du procès (ni ne porte atteinte aux droits procéduraux plus précis garantis par la *Charte*) a été plus amplement décrite dans l'arrêt *O'Connor*, précité, par le juge L'Heureux-Dubé, au par. 73 :

> Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

2002 SCC 12 (CanLII)

213 In *Tobiass*, *supra*, at para. 89, the Court characterizes the residual category as a "small one" and observes that fairness of the trial will occupy the "vast majority" of the cases. I do not treat that observation as deprecating the importance of the residual category. As previously suggested, it merely reflects the fact that on the whole our system of criminal justice functions justly. The cases where a stay of proceedings is required on this account are rare, not because of judicial *fiat* to limit their numbers but because the system works. The institutional checks and balances are observed.

214 *Tobiass* notes that a stay of proceedings is not intended to redress a past wrong but to prevent the perpetuation of a wrong that will continue to trouble the parties and community in the future. The mere fact of "shabby treatment" of an individual in the past does not satisfy the criterion (at para. 96):

> A stay is not a form of punishment. It is not a kind of retribution against the state and it is not a general deterrent. If it is appropriate to use punitive language at all, then probably the best way to describe a stay is as a specific deterrent — a remedy aimed at preventing the perpetuation or aggravation of a particular abuse.

215 Accordingly, in a unanimous pronouncement on the subject, this Court in *Tobiass* laid down a two-part analysis for considering the grant of a stay of proceedings (at para. 90):

> If it appears that the state has conducted a prosecution in a way that renders the proceedings unfair or is otherwise damaging to the integrity of the judicial system, two criteria must be satisfied before a stay will be appropriate. They are that:
>
> (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
>
> (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

To which a potential third step was added at para. 92:

Dans l'arrêt *Tobiass*, précité, par. 89, notre Cour qualifie la catégorie résiduelle de « petite catégorie » et précise que le caractère équitable du procès sera en cause dans la « grande majorité » des cas. Je crois que cette observation ne déprécie pas l'importance de la catégorie résiduelle. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, elle ne fait que refléter le fait que, dans l'ensemble, notre système de justice pénale fonctionne équitablement. Les cas qui appellent une suspension des procédures à ce titre sont rares, non en raison d'une volonté judiciaire d'en limiter le nombre, mais parce que le système fonctionne. Les freins et contrepoids institutionnels sont respectés.

On note dans l'arrêt *Tobiass* qu'une suspension des procédures ne vise pas à corriger le préjudice passé, mais plutôt à empêcher que ne se perpétue une atteinte qui continuera à perturber les parties et la société à l'avenir. Le simple fait d'une « mauvaise conduite » à l'égard d'une personne par le passé ne satisfait pas à ce critère (au par. 96) :

> La suspension des procédures n'est pas une forme de punition. Ce n'est pas un genre de châtiment infligé à l'État et ce n'est pas une mesure générale de dissuasion. Si tant est qu'il convienne de parler de punition, la meilleure façon de décrire la suspension des procédures est probablement de la considérer comme une mesure de dissuasion particulière — une réparation visant à empêcher la perpétuation ou l'aggravation d'un abus.

Ainsi, par une décision unanime sur le sujet dans l'arrêt *Tobiass*, notre Cour a décrit une analyse à deux volets applicable pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner la suspension des procédures (au par. 90) :

> S'il appert que l'État a mené une poursuite de façon à rendre les procédures inéquitables ou qu'il a porté par ailleurs atteinte à l'intégrité du système judiciaire, il faut satisfaire à deux critères pour que la suspension constitue une réparation convenable. Les voici :
>
> (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
>
> (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

Un troisième volet potentiel y a été ajouté au par. 92 :

2002 SCC 12 (CanLII)

After considering these two requirements, the court may still find it necessary to consider a third factor. As L'Heureux-Dubé J. has written, "where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings". . . . We take this statement to mean that there may be instances in which it will be appropriate to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits.

Après avoir exprimé ces deux exigences, la cour peut encore estimer nécessaire de tenir compte d'un troisième facteur. Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé, « lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures » [. . .] Selon nous, cela veut dire qu'il peut y avoir des cas où il sera approprié de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond.

In my view, with respect, the criteria laid down in these cases, and recited by the trial judge in his reasons for judgment, are amply fulfilled by the findings of fact in this case.

216 J'estime que les conclusions de fait tirées en l'espèce satisfont amplement aux critères établis dans ces arrêts et repris par le juge du procès dans les motifs de son jugement.

The absence of the proper checks and balances between police and prosecutor in this case led to an increase in the number of charges laid against the appellant. The trial judge's reasons can be read in no other way. Cromwell J.A. noted, at paras. 168-69, that the trial judge's

217 L'absence de freins et contrepoids adéquats entre la police et le ministère public dans la présente espèce a entraîné une augmentation du nombre d'accusations portées contre l'appelant. Les motifs du juge du procès ne peuvent être interprétés autrement. Le juge Cromwell a noté, aux par. 168-169, que les motifs du juge du procès

reasons are consistent with a conclusion that the respondent may have been facing more charges than he would have been had Crown objectivity been retained at "the charging stage". In other words, had objectivity been retained, some of the charges laid by the police might have been stayed by the Crown. If this is correct, the loss of objectivity found by the judge could be taken to have ongoing effects in the sense that it may have put the prosecution on a fundamentally different path than it would otherwise have followed. The judge sought to remedy the loss of objectivity by staying counts which he thought Mr. Pearson would not have proceeded with had he remained in office.

[TRADUCTION] s'harmonisent à la conclusion que l'intimé a peut-être dû répondre à un plus grand nombre d'accusations que si le ministère public avait conservé son objectivité à « l'étape de l'inculpation ». En d'autres termes, si l'objectivité avait été préservée, certaines des accusations portées par la police auraient pu être retirées par le ministère public. Si cela est exact, la perte d'objectivité constatée par le juge du procès pourrait être considérée comme entraînant des effets persistants en ce sens qu'elle a pu orienter la poursuite sur une voie fondamentalement différente de celle qu'elle aurait autrement suivie. Le juge a cherché à remédier à la perte d'objectivité en ordonnant la suspension des accusations à l'égard desquelles, selon lui, M^e^ Pearson n'aurait pas engagé de poursuite s'il était demeuré en fonction.

In my respectful view, this analysis overlooks the proper preferring of the direct indictment.

J'estime humblement que cette analyse fait fi du choix légitime de procéder par voie de mise en accusation directe.

I have already discussed my disagreement with Cromwell J.A.'s interpretation of the trial judge's treatment of the direct indictment.

218 J'ai déjà expliqué pourquoi je ne partage pas l'interprétation que le juge Cromwell donne de la façon dont le juge du procès a traité la mise en accusation directe.

It is clear to me, applying the first stage of the *Tobiass* test, that the trial judge concluded that the Crown's loss of objectivity and improper motive

219 Il me paraît évident, par l'application du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Tobiass*, que le juge du procès a conclu que la perte d'objectivité

2002 SCC 12 (CanLII)

will be "manifested, perpetuated or aggravated" through the continued prosecution of the charges to which these abuses of process gave rise (*Tobiass*, at para. 90). If the trial itself would not have occurred but for the abusive conduct, then the trial itself necessarily perpetuates the abuse.

220 Secondly, the only way to halt this continued prejudice to the appellant is by bringing a halt to the charges going forward to trial, i.e., a stay of proceedings.

221 The trial judge's analysis of these first two elements in the *Tobiass* analysis draws support, I think, from the scholarly article that initially formulated these elements of the test (see *O'Connor*, *supra*, at para. 75):

> Where the abuse has caused no prejudice to the fairness of the trial itself, a stay will be appropriate where:
>
> the abuse is in the very fact that a charge was laid, and the abuse in question or the prejudice it has caused is so significant relative to the seriousness of the offence that it is more important to the interests of justice that the court redress the abuse, than try the offence on its merits . . . . [Emphasis added.]

(D. M. Paciocco, "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at p. 350)

222 In this case, "the seriousness" of the offences was characterized as relatively "minor" and the importance which may be attached to their prosecution therefore does not outweigh the prejudice in this case to the integrity of the administration of justice.

223 The majority opinion in the Nova Scotia Court of Appeal largely rested on the view that the trial judge had failed to consider whether the continuation of the prosecution would "manifest, perpetuate or aggravate the prejudice" (para. 101). The trial judge cited that specific aspect of the test at para. 56 of his reasons and in my opinion he applied it and, given his findings of fact, he came to the right conclusion.

et le motif illégitime du ministère public seraient « révélé[s], perpétué[s] ou aggravé[s] » par la continuation de la poursuite relativement aux accusations auxquelles ces abus de procédure ont donné lieu (*Tobiass*, par. 90). Le procès qui n'aurait pas été engagé sans la conduite abusive perpétue nécessairement lui-même l'abus.

Quant au deuxième volet, la seule façon d'arrêter le préjudice persistant causé à l'appelant consiste à empêcher la tenue d'un procès relativement aux accusations, c'est-à-dire à ordonner la suspension des procédures.

La façon dont le juge du procès a analysé ces deux premiers volets du critère établi dans l'arrêt *Tobiass* peut s'appuyer selon moi sur l'article de doctrine qui est à l'origine de la formulation de ces volets (voir l'arrêt *O'Connor*, précité, par. 75) :

> [TRADUCTION] Lorsque l'abus n'a entraîné aucune atteinte à l'équité du procès en soi, il y a lieu d'ordonner la suspension si :
>
> l'abus tient au fait même qu'une accusation a été portée, et que l'abus en cause ou le préjudice qu'il a causé a une telle importance par rapport à la gravité de l'infraction qu'il importe davantage pour l'intérêt de la justice que la cour procède à la réparation de l'abus plutôt qu'au procès de l'infraction en soi . . . [Je souligne.]

(D. M. Paciocco, « The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases : Abusing the Abuse of Process Concept » (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, p. 350)

En l'espèce, « la gravité » des infractions a été qualifiée de relativement « mineure », de sorte que l'importance que peut revêtir la poursuite à leur égard ne l'emporte pas sur le préjudice causé en l'espèce à l'intégrité de l'administration de la justice.

L'opinion majoritaire de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était en grande partie fondée sur la perception que le juge du procès avait omis de se demander si la poursuite du procès [TRADUCTION] « révélerait, perpétuerait ou aggraverait le préjudice » (par. 101). Le juge du procès a cité cet aspect précis du critère au par. 56 de ses motifs puis, à mon avis, il l'a appliqué et, vu ses conclusions de fait, il est arrivé à la bonne conclusion.

2002 SCC 12 (CanLII)

2002 SCC 12 (CanLII)

The *Tobiass* case, I note parenthetically, was decided on very different facts. Neither the original charges nor the conduct of the prosecutors assigned to the case were criticized. A meeting took place between the Chief Justice of the Federal Court and a senior member of the Justice Department (neither of whom had any direct role in *Tobiass* or its companion cases). At the meeting, *Tobiass* and its companion cases, amongst other cases of alleged war crimes, were referred to in terms of alleged scheduling delays. Defence counsel were not made aware of the meeting until after it had occurred. This Court found a serious breach of fairness had occurred, but the prejudice could be eliminated by ensuring that the participants in the meeting at issue had no further participation whatsoever in the case. No such limited remedy is possible in this case. So long as the charges stand, the prejudice will persist.

224 Je souligne incidemment que l'affaire *Tobiass* a été tranchée à partir de faits très différents. Ni les accusations originales ni la conduite des procureurs de la Couronne affectés à l'affaire n'ont fait l'objet de critiques. Une rencontre s'était tenue entre le juge en chef de la Cour fédérale et un haut fonctionnaire du ministère de la Justice (ni l'un ni l'autre ne jouant quelque rôle direct dans l'affaire *Tobiass* ou les affaires connexes). Au cours de la rencontre, l'affaire *Tobiass* et les affaires connexes, entre autres cas relatifs à des allégations de crimes de guerre, ont été mentionnées relativement à de prétendus retards dans la fixation des dates d'audition. Les avocats de la défense n'ont appris l'existence de la rencontre qu'après le fait. Notre Cour a conclu qu'il y avait eu manquement grave à l'obligation d'agir équitablement, mais que le préjudice subi pouvait être éliminé par des mesures garantissant que ceux qui avaient pris part à la rencontre en cause ne participent plus d'aucune façon au dossier. Aucune réparation aussi limitée n'est possible en l'espèce. Tant que les chefs d'accusation seront maintenus, le préjudice persistera.

Finally, at the third stage of the *Tobiass* test, the court is to consider (if it still has any uncertainty) the balance between any harm to the justice system that would result from taking the charges to trial as against the public interest in having these charges disposed of on their merits. As mentioned, the balancing process was described by L'Heureux-Dubé J. in *Conway*, *supra*, at p. 1667:

225 Enfin, à la troisième étape du critère énoncé dans l'arrêt *Tobiass*, la cour doit se pencher (s'il subsiste quelque incertitude) sur l'équilibre entre le préjudice que causerait au système de justice la tenue d'un procès sur les accusations et l'intérêt de la société à ce que celles-ci soient jugées au fond. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, ce processus de mise en balance a été décrit par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Conway*, précité, p. 1667 :

> . . . where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

> . . . lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

This was expressly noted by the trial judge in this case, who said: "This balancing act, so common to almost everything we do as judges, will play a significant role in my analysis in the case at bar" (para. 58).

226 En l'espèce, le juge du procès l'a expressément noté en disant : [TRADUCTION] « Cette démarche de mise en balance, si commune à presque toutes les tâches que nous accomplissons en qualité de juges, jouera un rôle important dans mon analyse en l'espèce » (par. 58).

The key to the trial judge's "balance" was his view that despite the existence of allegations which,

227 La clé de la « mise en balance » du juge du procès était son opinion selon laquelle, malgré

if believed, would constitute the offences charged, the group of charges stayed were less serious than those he allowed to proceed, and had never been objectively reviewed in light of what the Martin Report described as factors "that may not necessarily have to be considered by even the most conscientious and responsible police officer" (p. 118).

228 Society, like the Crown Attorney, has no specific interest in "winning or losing" but it does have an interest in placing the relevant facts before a court for determination on their merits. This factor militates against a stay, but in this case it is a factor that is overwhelmed by competing considerations.

229 The trial judge was clearly of the same view as the former Director of Public Prosecutions, Mr. John Pearson, who said that while on the one hand "acts contemplated by the indecent assault section of the *Criminal Code* of the day were present in these cases", nevertheless, on the other side of the ledger, "consideration of the following public interest factors tips the scale in favour of not proceeding" (emphasis added) with the "minor" charges. For ease of reference, I repeat Mr. Pearson's public interest factors which the trial judge adopted:

i) the allegations are minor in nature, especially when placed in the context of societal values at the time (this fact is best illustrated in the [C.E.R.] incident where her father, upon learning of the facts, demanded an apology from the accused);

ii) the "staleness" of the offences when compared with their gravity;

iii) the prosecution of these charges may be seen as "persecution" in light of the facts, the staleness of the offences and the relatively insignificant sentence, which could be anticipated if convictions were entered;

l'existence d'allégations qui, si elles étaient établies, constitueraient les infractions reprochées, l'ensemble des accusations suspendues étaient moins graves que celles dont il a autorisé la poursuite, et elles n'avaient jamais fait l'objet d'un examen objectif qui tienne compte de ce que le Rapport Martin a décrit comme des facteurs [TRADUCTION] « que le policier le plus consciencieux et le plus responsable [. . .] n'est pas nécessairement tenu d'examiner » (p. 118).

La société, comme le procureur de la Couronne, n'a aucun intérêt particulier à « gagner ou à perdre », mais elle a intérêt à ce que les faits pertinents soient soumis à un tribunal pour qu'il rende une décision sur le fond. Ce facteur milite contre une suspension, mais, en l'espèce, il est supplanté par des considérations opposées.

Le juge du procès partageait clairement la position de l'ancien directeur des poursuites criminelles, M^e^ John Pearson, qui avait dit, d'une part, que [TRADUCTION] « dans ces cas, les actes visés par l'article du *Code criminel* de l'époque créant l'infraction d'attentat à la pudeur ont été commis » tout en reconnaissant, d'autre part, que [TRADUCTION] « la prise en considération des facteurs d'intérêt public suivants fait pencher la balance en faveur de la décision de ne pas engager de poursuites » (je souligne) relativement aux accusations « moins graves ». Pour plus de commodité, je reprends les facteurs d'intérêt public énoncés par M^e^ Pearson et adoptés par le juge du procès :

[TRADUCTION]

i) il s'agit d'allégations de nature mineure, tout spécialement lorsqu'on les replace dans le contexte des valeurs sociales de l'époque (ce fait est particulièrement bien illustré dans l'incident [relatif à C.E.R.] où son père, lorsqu'il a pris connaissance des faits, a exigé que l'accusé lui présente des excuses);

ii) la « caducité » des infractions par comparaison à leur gravité;

iii) l'engagement de poursuites à l'égard de ces accusations peut être perçu comme de la « persécution » compte tenu des faits, de la caducité des infractions et de la peine relativement légère à laquelle on pourrait s'attendre en cas de déclaration de culpabilité;

2002 SCC 12 (CanLII)

iv) other alternatives are available to sanction this behaviour, i.e. the prosecution of the more serious charges; and

v) the maintenance of public confidence in the administration of justice can be sustained without these four charges proceeding. [Emphasis added.]

The Pearson report was clearly not binding on the Crown or upon Mr. Pearson's successors, and the trial judge never suggested that it was. What he did suggest is that the factors put in the balance by Mr. Pearson were logical and pertinent. It was open to the trial judge to adopt the Pearson criteria as his own, and he did so. As I read his judgment, he concluded, that in light of his decision to send the appellant to trial on the nine more serious charges (eight of which, as stated, have now resulted in the appellant's acquittal), the prosecution of additional charges of a relatively minor nature that allegedly took place 24 to 34 years ago, and which if successful would carry a "relatively insignificant sentence", did not outweigh the public interest in vindicating the importance of the role played by objective and independent Crown prosecutors.

The trial judge thought that in this way an appropriate balance had been struck between the public interest in having *all* charges dealt with on their merits against the public interest in having *all* charges stayed to show the court's determination to ensure the continued vigour of checks and balances in the criminal justice system. Whether or not this Court would draw the line precisely where the trial judge drew it is beside the point. After hearing evidence and argument for 18 days, he properly instructed himself on the law, carefully reviewed the facts, and made no palpable or overriding error in the inferences and conclusions that he reached.

III. Conclusion

I would therefore allow the appeal.

iv) il existe d'autres moyens pour sanctionner ce comportement, à savoir l'engagement de poursuites à l'égard des accusations plus graves;

v) la confiance du public dans l'administration de la justice peut être préservée sans que des poursuites soient engagées relativement à ces quatre accusations. [Je souligne.]

230 Le rapport Pearson ne liait manifestement pas le ministère public ni aucun des successeurs de M^e^ Pearson, et le juge du procès n'a jamais suggéré qu'il en était ainsi. Ce qu'il a laissé entendre, toutefois, c'est que les facteurs mis en balance par M^e^ Pearson étaient logiques et pertinents. Le juge du procès pouvait reprendre à son compte les critères de M^e^ Pearson, et c'est ce qu'il a fait. Si je comprends bien son jugement, il a conclu que, vu sa décision de soumettre l'appelant à un procès relativement aux neuf accusations les plus graves (dont huit, rappelons-le, se sont soldées par l'acquittement de l'appelant), le fait d'engager une poursuite relativement à d'autres accusations portant sur des infractions relativement mineures survenues de 24 à 34 ans plus tôt et qui, si elles étaient établies, entraîneraient une [TRADUCTION] « peine relativement légère », ne l'emportait pas sur l'intérêt public à ce que soit défendue l'importance du rôle joué par des procureurs de la Couronne objectifs et indépendants.

231 Le juge du procès a estimé avoir trouvé un juste équilibre entre l'intérêt public à ce que *tous* les chefs d'accusation soient examinés au fond et l'intérêt public à ce que *tous* les chefs d'accusation soient suspendus pour montrer la détermination de la cour à assurer le maintien de freins et de contrepoids efficaces dans le système de justice pénale. Il ne s'agit pas ici de savoir si notre Cour aurait tiré la ligne de démarcation à l'endroit même où l'a tirée le juge du procès. Après avoir entendu la preuve et les arguments de droit pendant 18 jours, il s'est appuyé sur les bonnes règles de droit, a examiné attentivement les faits et n'a commis aucune erreur manifeste ou dominante dans les inférences et les conclusions qu'il a tirées.

III. Conclusion

232 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

2002 SCC 12 (CanLII)

Appeal dismissed, IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE *and* ARBOUR JJ. *dissenting*.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Quebec.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Miramichi.

Pourvoi rejeté, les juges IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE *et* ARBOUR *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Greenspan, Henein & White, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Miramichi.

2002 SCC 12 (CanLII)