

IN THE COURT OF APPEAL OF NEW BRUNSWICK

BETWEEN:

HER MAJESTY THE QUEEN,

APPLICANT

- and -

**RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY and
CHRISTOPHER TINGLEY**

RESPONDENTS

ORDER

WHEREAS on August 5, 2015, the Court released its decision in this matter, with the official bilingual version then released on October 2, 2015;

AND WHEREAS in the Court's decision the publication ban of pre-trial proceedings that had been issued in the Court of Queen's Bench and continued in the Court of Appeal was ordered to remain in effect for a period of 60 days, subject to further extension;

AND WHEREAS the publication ban was extended by order of a judge of the Court of Appeal dated October 2, 2015;

AND WHEREAS the Attorney General of New Brunswick has applied to the Supreme Court of Canada for leave to appeal;

ON APPLICATION of the Attorney General of New Brunswick with notice to the Respondents and the media,

IT IS HEREBY ORDERED AS FOLLOWS:

1. The publication ban in effect will continue pending the final determination of this matter except that the ban is lifted with respect of the decision of the Court of Queen's Bench in the matter of *R. v. Tingley et al.*, court file number M/I/0007/09 dated December 9, 2011, as redacted in the version of the decision attached as Appendix "A" to this order; and
2. The ban does not apply to the official bilingual version of the decision of this Court dated October 2, 2015, as redacted in the version of that decision attached as Appendix "B" to this order.

DATED at Fredericton, New Brunswick, this day of , 2015.

J.C. MARC RICHARD,
Justice of the New Brunswick Court of Appeal

KATHLEEN A. QUIGG,
Justice of the New Brunswick Court of Appeal

COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

ENTRE

SA MAJESTÉ LA REINE,

REQUÉRANTE,

- et -

**RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY et
CHRISTOPHER TINGLEY,**

INTIMÉS.

ORDONNANCE

ATTENDU :

que le 5 août 2015, la Cour a rendu sa décision dans la présente instance, décision dont la version officielle bilingue a ensuite été rendue publique le 2 octobre 2015;

que dans la décision de la Cour, il était ordonné que l'interdiction de publication des procédures antérieures à l'instruction qui avait été imposée par la Cour du Banc de la Reine et maintenue par la Cour d'appel reste en vigueur pendant une période de 60 jours, sous réserve d'une prolongation de cette période;

que l'interdiction de publication a été prolongée par une ordonnance d'un juge de la Cour d'appel datée du 2 octobre 2015;

que le procureur général du Nouveau-Brunswick a sollicité l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada,

SUR DEMANDE du procureur général du Nouveau-Brunswick avec avis aux intimés et aux médias,

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT :

3. L'interdiction de publication en vigueur sera maintenue jusqu'au règlement définitif de la présente affaire, sauf que cette interdiction est levée en ce qui concerne la décision que la Cour du Banc de la Reine a rendue dans l'affaire *R. c. Tingley et autres*, numéro de dossier M/I/0007/09, datée du 9 décembre 2011, dans sa version caviardée qui est jointe à la présente ordonnance en tant qu'annexe « A ».
4. L'interdiction de publication ne s'applique pas à la version bilingue officielle de la décision de notre Cour datée du 2 octobre 2015, dans sa version caviardée qui est jointe à la présente ordonnance en tant qu'annexe « B ».

Court File No.: M/1/0007/09

APPENDIX "A"
APPENDICE « A »

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF NEW BRUNSWICK
JUDICIAL DISTRICT OF MONCTON
TRIAL DIVISION

B E T W E E N:

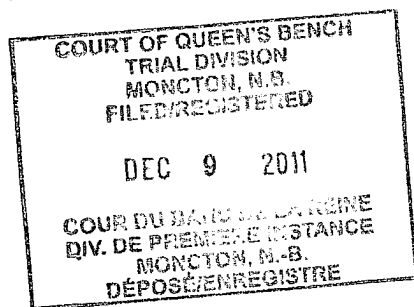
RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY, MICHAEL
TINGLEY, CHRISTOPHER TINGLEY,

Applicants

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN.

Respondent



(CROWN MOTION FOR RECUSAL OR DIRECTIONS)

BEFORE: Mr. Justice Stephen J. McNally

AT: Moncton, New Brunswick

DATES OF HEARING: November 16, 28, 29 & 30, 2011

DATE OF DECISION: December 9, 2011

NON-PUBLICATION ORDER – this decision as well as the evidence and information presented in this proceeding are subject to a ban on publication pursuant to section 648(1) of the *Criminal Code of Canada*.

APPEARANCES:

For the Applicants:

Rodney Tingley – Alison Menard
Roger Tingley – Graham Sleeth, Q.C.
Michael Tingley - David D. LeBlanc
Christopher Tingley – Brian Munro

For the Crown:

Gabriel Bourgeois, Q.C. and Kathryn Gregory


MCNALLY, J.

[1] The Crown has filed a revised Amended Notice of Motion in this proceeding in which it seeks an order that *"In accordance with the Constitution Act, 1867/1982 and the common law, the trial judge is recused from hearing any further proceedings in this matter due to an apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality in relation to the Crown"*.

[2] The primary grounds relied upon by the Crown for the requested recusal order are that *"An apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality arises from the Court's entry into and the continuation of an inquiry into prosecutorial discretion without admissible or other evidence of apparent wrongdoing in the nature of 'flagrant impropriety' on the part of the Crown..."* and *"[T]he entry into and continuation of the inquiry into Crown and RCMP actions without evidence such as 'flagrant impropriety' places the Court in a supervisory role over the Crown and results in a loss of impartiality . . ."*. Further grounds for the requested order are provided in paragraphs 3, 4 and 5 of the motion:

3. *The constitutional error by the Court of entering into and continuing a judicial inquiry into Crown discretion substantially risks a public interest privilege, in the following manner:*

a. *the continued cross-examination of Sgt Mark Janes significantly*


b. *the continued unlimited cross-examination of Sgt. Mark Janes places the public interest privilege claimed by the Crown within the section 37 Canada Evidence Act hearing in danger of breach;*

4. *The constitutional error by the Court of entering into and continuing a judicial inquiry into Crown discretion breaches the*

societal interest in having criminal charges tried on their merits within a reasonable time, being an adjunct principle incorporated within section 11(b) of the Charter of Rights and Freedoms; R v. Morin, [1992] 1 S.C.R. 771;

5. *The constitutional error by the Court of entering into and continuing a judicial inquiry into Crown discretion breaches the Crown's right to a fair trial, being an adjunct principle incorporated within section 11(d) of the Charter of Rights and Freedoms ; R. v. B.(K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740.*

[3] In the event the recusal motion is denied, the Crown seeks in the alternative, an order to limit the further cross-examination of Sergeant Janes and a prohibition on the recall of any witnesses or the calling of further witnesses within what I will refer to throughout these reasons as "the Abuse of Process/Bertrand motion". It also seeks an order to limit certain areas of examination in any future motions to be heard in this matter.

Procedural background leading up to the filing of the recusal motion.

[4]^a The Crown's recusal motion arises approximately seven months after the commencement of the hearing of the "Abuse of Process/Bertrand" motion, which was brought by the accused seeking an order for the removal of Crown prosecutor, Michel Bertrand as Crown counsel at trial and in all pre-trial proceedings or in the alternative, removal as Crown counsel from any proceedings relating to the accused's attack on the wiretap authorization in which he acted as applicant and advisory Crown counsel.

[5] Essentially, and at the risk of somewhat oversimplifying the accused's position, they assert that Mr. Bertrand was so closely related to the police investigation as Crown advisory counsel during the investigation, as the applicant to the application for a wiretap authorization and as Crown disclosure counsel who was consulted on virtually every item of disclosure, that he became a party

to the investigation, lost the objectivity necessary for a prosecutor to maintain when prosecuting a case and has placed himself in a conflict of interest in general and more particularly, if he acts as Crown counsel in the challenge to the wiretap authorization in which he was the applicant and provided advice to the affiant in preparing the Information to Obtain filed in support of the application. The accused allege that Mr. Bertrand's continued participation in the trial and pre-trial proceedings would constitute an abuse of process and deny them a fair trial in violation of section 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[6] The accused submit that Mr. Bertrand lost the necessary objectivity required of a prosecutor, due to his various roles and extensive involvement in the case and the accused cite and rely upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, where Rand J. wrote this oft-quoted passage 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.

[7] Taschereau J. also addressed the prosecutorial duty of impartiality in the same decision in the following terms:

[TRANSLATION] The position of Crown counsel is not that of counsel in a civil matter. His functions are quasi-judicial. He must not so much try to obtain a conviction as assist the judge and jury so that justice will be fully done. Moderation and impartiality must always characterize his conduct in court. He will have honestly

carried out his duty and will be beyond reproach if, putting aside any appeal to the passions, in a dignified manner appropriate to his role, he presents the evidence to the jury without going beyond what it has revealed.

[8] The accused submit that Mr. Bertrand has crossed this line of impartiality and in that regard their position is very similar to that advanced by the accused in *R. v. Trang* [2002] A.J. No. 386 where Binder J. of the Alberta Court of Queen's Bench heard the application but ultimately dismissed it on its merits upon completion of the hearing. The accused also cited the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Regan*, [2002] S.C.J. No. 14 and *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992 as well as *R. v. Derksen*, [1988] S.J. No. 427 (Sask. C.A.) and the New Brunswick Court of Appeal decision in *R. v Kelly*, [2010] NBCA 89 in support of the statements of the principles upon which their Abuse of Process/Bertrand motion is based.

[9] The accused have also indicated it is their intention to seek leave to call Mr. Bertrand as a witness on the *Wilson/Garofoli* application they have filed to challenge the validity of the wiretap authorization. In that application, they assert various misrepresentations, inaccuracies and lack of full and frank disclosure on the part of the affiant in the information that was placed before the authorizing judge and upon which the authorization was issued. They submit that Mr. Bertrand as the applicant had a duty to ensure that all of the facts were put before the authorizing judge, that he failed to meet this duty and would be placed in an untenable position of conflict of interest should he be compelled to leave counsel table at the hearing and take the stand.

[10] Crown prosecutor Bertrand's involvement in the prosecution became an issue upon the Crown's advice in late 2010 that a member of the prosecution team, who accepted a new position elsewhere, would no longer be trial counsel and that Mr. Bertrand would replace her and would also be taking on a significant role in the hearing of the pending *Garofoli/Wilson* application that had been filed

by the accused to challenge the issuance of the wiretap authorization. Up to that point in time, Mr. Bertrand had fairly limited involvement in the day to day prosecution of this case in the court room.

[11] By the time the Crown filed the present recusal motion, the testimony of seven witnesses called during the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion had already been completed and after two section 37 **Canada Evidence Act** (also referred to in this decision as the “CEA”) hearings had been completed to determine objections raised by the Crown to the disclosure of certain information on the basis of a public interest privilege, which also arose within the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion. An eighth, and what was believed at the time to be the final witness to be called by the accused for the motion, Sergeant Mark Janes, had been stood down at various times to deal with these procedures as well as the present motion, but his cross-examination has still not yet been completed.

[12] In fact, the accuseds' Abuse of Process/Bertrand motion was the second such motion filed by the accused to remove prosecutor Bertrand from further participation or to limit his further participation in the prosecution of the charges against the accused. The Court declined to hear the first motion due to defence counsels' failure and refusal to identify, either in their written motion or by way of oral submission, the grounds and evidentiary basis upon which they were relying to support their claim for relief. Leave to re-file the motion was granted to the accused at the suggestion and request of the Crown (see decision dated January 20, 2011).

[13] The accused filed the second Abuse of Process/Bertrand motion on February 14, 2011 together with an affidavit of Gilles Lemieux, a former solicitor for Christopher Tingley, which set out more comprehensive grounds as well as the evidentiary basis that the accused would be relying upon to establish the claim for relief. The Crown responded once again with a preliminary motion to

strike the motion summarily or, in the alternative, portions of the Lemieux affidavit.

[14] The grounds relied upon by the Crown to support its request to strike the second Abuse of Process/Bertrand motion included the assertion that the accused's motion "*on its face is the same process as the motion to cross-examine within the Garofoli Application*", that the majority of the affidavit of Mr. Lemieux was inadmissible in law which rendered the affidavit ineffectual and once those offending portions were expunged the remaining evidence could not establish the legal evidentiary threshold required for the Court to entertain a motion based upon an allegation of abuse of process and sections 7 and 11(d) of the ***Canadian Charter of Rights and Freedoms***.

[15] After hearing submissions from the parties on March 1, 2011 in relation to the Crown's preliminary motion, I ruled that the evidentiary threshold for proceeding with the hearing of the accused's Abuse of Process/Bertrand motion had been satisfied and the hearing began on March 23, 2011. Reasons for the decision to dismiss the Crown's preliminary motion were not provided at that time as it was my intention to file only one set of reasons on the Abuse of Process/Bertrand motion and to include in it more complete reasons for my decision on the threshold question. Unfortunately, the Abuse of Process/Bertrand motion got somewhat derailed for reasons that will become apparent and the hearing of that motion has not yet been completed. In the meantime, the Crown filed the present recusal motion.

[16] Without having heard all of the evidence or the completion of Sergeant Janes' testimony in the Abuse of Process/Bertrand motion and without having made any decision on the impact or possible consequences of that testimony, I think it is fair to say that Sergeant Janes managed to place himself and possibly the Crown in a somewhat difficult position by the time the Crown filed the within recusal motion. I will explain.

[17] During his cross examination in the Abuse of Process/Bertrand motion, Sergeant Janes confirmed on April 7, 2011 for the first time that Ronald Jackson, a co-operating RCMP witness who entered into an Immunity Agreement with the Deputy Attorney General of New Brunswick, was a police agent. Sergeant Janes also revealed for the first time, almost two and one-half years after the charges were laid, that there existed a fifth statement obtained by him from Mr. Jackson that had not been previously disclosed to the accused.

[18] It was ultimately revealed that the non-disclosed statement was in fact the very first statement that Mr. Jackson provided to Sergeant Janes and was the statement in which the issue of an immunity agreement was first discussed with him. Further, Sergeant Janes confirmed that during that first interview, or shortly thereafter, he consulted with solicitor Bertrand for legal advice with respect to the first Jackson interview.

[19] Once the existence of the statement was revealed in court by Sergeant Janes, the Crown objected pursuant to section 37 of the **Canada Evidence Act**, to its disclosure to the accused on the basis of a public interest privilege, the specifics of which the Crown asserted could not be specified in open court or to the accused. The nature of the claim of privilege over the statement was identified to the Court in a note that was not provided to the accused or their counsel. A section 37 **CEA** hearing was held, much of which was held *ex parte*, with the accused and their counsel being excluded from the proceeding. I ultimately ruled that the vast majority of the first Ronald Jackson statement could be disclosed to the accused and that the public interest privilege objection invoked could not be sustained with respect to the majority of the statement, although it was sustained for a small portion of it.

[20] The Crown did not appeal that ruling and on August 29, 2011, Sergeant Janes' cross-examination by Mr. Munro resumed. Shortly following his return to

the stand, Sergeant Janes informed Mr. Munro and the Court that he had been mistaken in his earlier testimony when he confirmed that Ronald Jackson was an agent. Sergeant Janes further stated that he spoke to Staff Sergeant Power about his purported error in the interim and intimated to him that they had to rectify the error.

[21] Upon Sergeant Janes' return to the stand following this revelation, and assertions from defence counsel that the officers were in contempt of court and violation of my earlier direction to Sergeant Janes not to discuss his testimony, Mr. Munro asked the follow up question of whether Sergeant Janes met with Staff Sergeant Power the day after he realized he made the error on the stand about Jackson being an agent and called Staff Sergeant Power to advise him of the error. Crown counsel immediately objected, once again pursuant to section 37 of the **CEA** to the disclosure of the content of that conversation and anything related to it on the basis of a public interest privilege. Consequently, a second section 37 **CEA** hearing was conducted during the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion.

[22] Upon the completion of the *ex parte* portion of the second section 37 **CEA** hearing and prior to submissions being heard on the issue of the vetting of the evidence heard during the *ex parte* proceedings, Crown counsel advised the Court and defence counsel of its request for a direction from the Court providing that any question posed to Sergeant Janes in cross-examination relating to Ronald Jackson and/or Stephen Hopper would be followed by a brief pause prior to answering to permit the Crown to assess any impact the question might have on the claimed public interest privilege and to allow the Crown to make any objection based on the privilege that it felt necessary.

[23] Submissions were subsequently heard on the issue of vetting of the transcript of the evidence presented in the section 37 **CEA** proceedings held *ex*

parte and the Court delivered its decision in that regard on October 16, 2011. On October 17, 2011, Crown counsel advised that it was not appealing the Court's decision with respect to the disclosure of evidence presented at the *ex parte* portions of the Section 37 **CEA** hearing and that it was no longer requesting a direction relating to the cross-examination of Sergeant Janes concerning subjects associated to Ronald Jackson and/or Stephen Hopper.

[24] At the outset of the hearing of submissions on the issue of the validity of the claim for public interest privilege over the conversation between Sergeant Janes and Staff Sergeant Power, Crown counsel advised that it was not maintaining this claim of public interest privilege. Consequently, the Court dismissed the Crown's section 37 **CEA** objection and directed that the cross-examination of Sergeant Janes and continuation of the Abuse of Process/Bertrand motion proceed at which time Crown counsel asked for an adjournment to the following Monday to re-assess its position.

[25] At the resumption of the hearing on October 24, 2011, Crown counsel advised that it would be reversing its position once again and would seek limits on the cross-examination of Sergeant Janes. The Court directed the Crown to put their request in written form and Crown counsel responded by filing later that afternoon a document entitled "Request for Directions Within the Motion Alleging Abuse of Process Relating to A Crown Prosecutor". The request for limitations was broader in scope and much more specific than what was previously sought and is identical to what is being sought by way of alternative relief in the present motion except that the latest request also seeks limitations on cross-examination not only in relation to Sergeant Janes in the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion but also in relation to any cross-examination in any further motions that may be heard in this proceeding.

[26] The following day, when counsel for the parties attended for the purpose of determining a time frame for the defence to respond to the Crown's Request for Directions and to consider potential hearing dates, Crown counsel advised that in response to concerns raised by defence counsel with respect to the form of the document used by the Crown to seek directions, they would be amending the document to utilize the more usual Notice of Motion. The Notice of Motion was filed later that same day. The original "Request" was not only altered in form but also significantly with respect to the relief being sought, which was revised to a request for an order directing a "new trial" in this matter "*as a result of an error of constitutional law by the Court*" and in the alternative, a judicial stay of the matter. The newly entitled Notice of Motion was filed on October 26, 2011. It did not seek the placement of any limitations on the questioning of Sergeant Janes or for the conduct of the completion of the hearing of the abuse of process/Bertrand motion. The hearing of the newly minted Notice of Motion was scheduled to be heard on November 14, 2011.

[27] On November 2, 2011, the Crown filed an Amended Notice of Motion in which it dropped its request for a "new trial" and replaced it with a request for an order of recusal of the trial judge and in the alternative, limits on the cross-examination of Sergeant Janes and directions for the conduct of the continuation of the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion. The alternative relief claim was identical to the relief sought in this regard in the earlier Request for Directions as referred to above with the added conditions that the cross examination in relation to Stephen Hopper and Ronald Jackson be limited with respect to all witness and in all future motions in this proceeding.

[28] Crown counsel filed a further revised Amended Notice of Motion on November 8, 2011 in which it sought basically the same relief as in the November 2 Amended Notice of Motion but specified in more detail the evidence it sought to include in the record relating to the request for recusal sought in the motion. At that time Crown counsel confirmed there would be no more

amendments, that this latest version was the final version and that the Crown was ready to proceed with the hearing of the motion. This is the version that is now before the Court and upon which this motion will be decided.

Preliminary Issue – Inclusion/Exclusion of *Ex Parte* Proceedings in Record

[29] As part of the record for the hearing of the motion for recusal, the Crown asked the Court to consider in paragraph 1(j) the following evidence:

Sealed court record of ex parte portions of the section 37 hearings, held in the absence of Crown and/or defence, within the motion alleging abuse of process, such record being limited to the comments of the presiding judge during the ex parte hearings for review by the Court solely for the purpose of the Court's consideration of the issue of apprehension of bias, actual bias and/or loss of impartiality; more particularly, but not limited thereto:

Section 37 ex parte hearings, commencing June 15;

- i. Presiding judge's comments during ex parte hearings held June 15, 22, 27, 28, 30, July 11, 12, 13, 2001;
- ii. Presiding judge's sealed oral decision, July 15, 2011 particularly, but not limited thereto, transcript page 5, lines 19-page 6, line 5;

Section 37 ex parte hearings, commencing September 13, 2001;

- iii. Presiding judge's refusal to inform the witnesses of the nature of the proceeding in which they were testifying;
- iv. Presiding judge's sealed written decision, dated October 6, 2011, particularly, but not limited thereto, paragraphs 19, 32 and 60;

[30] The Crown sought to have the Court consider this evidence as part of the record but only for the limited purpose of consideration in deciding the primary relief sought in the motion, which is the recusal order request based on the allegation of an apprehension of bias, actual bias and/or loss of impartiality. The Crown did not seek to have the Court consider or include that evidence in the record for the purpose of determining the issues relating to the alternative relief

sought which relates to the requested limitations on cross-examination and directions for completion of the hearing of the abuse of process/Bertrand motion.

[31] Prior to proceeding with the hearing of the motion for recusal, I asked the parties for submissions on the issue of whether or not the court could or should consider as part of the record in deciding the recusal motion, evidence that has not been disclosed to the accused and was heard in an *ex parte* proceeding conducted in a discrete inquiry held under the provisions of section 37 of the **Canada Evidence Act** for the purpose of determining the validity of a Crown objection to the disclosure of certain information on the basis of a public interest privilege .

[32] After hearing the parties on this preliminary issue, I determined that the *ex parte* portions of the section 37 **CEA** hearings which have not been disclosed to the accused and for which they were excluded from the proceedings, would not be included in the record for consideration with respect to the Crown's motion for recusal. I also advised the parties that I would be providing my reasons in due course which I will do presently.

[33] In submissions leading up to and at the hearing of the preliminary issue, Crown counsel confirmed that its assertion of an apprehension of bias/actual bias/loss of impartiality was not grounded on any specific statement, conduct or action of the Court that occurred during the *ex parte* proceedings. Crown counsel confirmed that the allegation of bias was based in the fact that the Court embarked upon a review of Crown conduct by entering into the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion and the section 37 **CEA** hearings were an adjunct to that error. This position was confirmed on several occasions when Crown counsel was specifically questioned in that regard by the Court on both November 7 and 8, 2011. Crown counsel confirmed again, even after the final version of the Amended Notice of Motion was filed, that the purpose of the request to include the *ex parte* proceedings within the record was to complete the

record to identify the steps that have been taken following the entry into and continuation of the inquiry into the conduct of Crown counsel. This is what the Crown asserts amounts to a loss of jurisdiction and results in the apprehension of bias/bias/loss of impartiality.

[34] This position is consistent with the grounds for the recusal request as stated in the final version of the Amended Notice of Motion which states: *“An apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality arises from the Court’s entry into and the continuation of an inquiry into prosecutorial discretion without admissible or other evidence of apparent wrongdoing in the nature of ‘flagrant impropriety’ on the part of the Crown...”* and *“[T]he entry into and continuation of the inquiry into Crown and RCMP actions without evidence such as ‘flagrant impropriety’ places the Court in a supervisory role over the Crown and results in a loss of impartiality . . .”*.

[35] It is also consistent with the fact that the Crown did not appeal any of the Court’s decisions rendered following the Section 37 **CEA** hearings and its determination of the public interest privilege objections raised by the Crown. The Crown had ten days within which to appeal, as of right, either of those decisions and after deciding the issues, I allowed a period of ten days to lapse prior to the disclosure of the information over which I ruled there was no public interest privilege. Had the appeals been launched they would likely have had to have been decided by the Court of Appeal prior to the information in dispute being disclosed.

[36] The Crown did not appeal either of the section 37 **CEA** decisions and Crown counsel confirmed that the Crown would not be appealing them. Had Crown counsel determined that the Court erred in its decisions and there was an apprehension of bias or the court exhibited any actual bias or loss of partiality in reaching its decision then one would have expected the Crown to have appealed the decisions in order to protect the public interest privilege claimed.

[37] All that being the case, in my view, the record of what occurred in the *ex parte* Sec. 37 **CEA** hearings would be irrelevant, and if not completely irrelevant of very limited probative value to the issue to be decided in the recusal motion, other than the fact that section 37 **CEA** hearings took place which is already clear and in evidence from the record of proceedings excluding the *ex parte* portions of the hearings. The minimal probative value the undisclosed portions of the *ex parte* hearings might have on the issues to be decided would be far outweighed by considerations of the disadvantaged position that the accused would be placed in when responding to the Crown's motion and not knowing what I might consider in determining if I should recuse myself and this matter start all over again or be delayed significantly even if a new judge could take over the proceedings.

[38] In oral submissions Crown counsel agreed that relevance is determined in this case by consideration of the nature of the relief being sought and the grounds upon which it is sought. The Crown argues that the relevance of the undisclosed portions of the *ex parte* section 37 **CEA** hearings is based in its assertion that an apprehension of bias/actual bias/loss of impartiality on the part of the Court is founded upon the Court's decision to embark upon and to conduct the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion, including what decisions were made on whether the Court should venture into the hearing of the motion, its rulings on relevance made during the hearing and the consequences of those rulings.

[39] Crown counsel argued that any inquiry of this nature, where the Court embarked upon a review of Crown counsel's conduct had to eventually end up with the necessity of section 37 **CEA** hearings being held. In short, the Crown submits that embarking upon the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion resulted in and inevitably led to privilege issues being jeopardized that led to the sec. 37 **CEA** hearings. Respectfully, I fail to follow and cannot accept, the logic of such an assertion. The fallacy of this "but for" position or argument is

illustrated by the disconnection between the premise and the conclusion. With respect to the premise, of course a hearing held to examine Crown counsel's alleged loss of objectivity could lead to issues of privilege being raised and contested, as it could equally occur in arguably any type of motion being heard in this case. On the other hand it might not arise, particularly if there were no unknown issues of privilege that were liable to arise or to be discovered throughout the hearing of the motion.

[40] With respect to the conclusion advanced in the Crown's "but for" argument, in my view the discovery of Ronald Jackson's first statement could have arisen in any other type of motion held in this case such as one of the disclosure motions already heard or even only at trial, or perhaps never have been discovered. Some might argue that perhaps the first Ronald Jackson statement should have been disclosed previously by the Crown, without the necessity of any motion, or being discovered through happenstance discovery during cross-examination, which of course is the position that defence counsel urge the Court to adopt.

[41] Additionally, and more importantly however, it seems to me that apart from the flawed logic of Crown counsel's position on the "but for" argument of relevance, if the issue of public interest privilege is a valid one it must be decided by the Court before any disclosure of the information in issue can occur, whether raised in a review of Crown conduct (the Abuse of Process/Bertrand motion) or any other proceeding or motion. The only relevance of the undisclosed *ex parte* portions of the section 37 CEA hearings to the motion to recuse in my view, is that they happened to arise during the Abuse of Process/Bertrand motion.

[42] At the time the Court embarked upon hearing the Abuse of Process/Bertrand motion, it had no indication and could not anticipate that section 37 **CEA** objections would be raised. There was no indication that a fifth (the first) Ron Jackson statement existed and had not been produced or provided

to the accused or that Sergeant Janes consulted with Mr. Bertrand, the Crown advisory counsel and Crown disclosure counsel, during that interview or sometime on the day it was obtained. To that extent, the conduct of the section 37 **CEA** hearings or the issues it dealt with were not a consideration at the time the Court entered into the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion.

[43] More importantly, the section 37 **CEA** hearings were not initiated by the Court or the accused and were not conducted in any manner for the purpose of reviewing the Crown counsel's conduct or the exercise of any Crown discretion. The section 37 **CEA** hearings were conducted as a result of Crown counsel's objections to the disclosure of information that it sought to protect on the basis of a public interest privilege. Admittedly, the concern with the potential disclosure of this information arose during the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion and more precisely during the cross-examination of Sergeant Janes within that motion that revealed for the first time, the existence of the first Ronald Jackson interview.

[44] However, section 37 **CEA** hearings are ancillary to the main action with the specific and discrete purpose of determining the validity of the Crown's objection to the disclosure of information on the basis of a public interest privilege and the potential consequences that flow from such a finding. The conduct of section 37 **CEA** hearings generally have, and in this instance, had nothing to do with a review of Crown conduct, the exercise of its decision to appoint Mr. Bertrand as prosecuting counsel or supervising any of the Crown's discretion in the prosecution of the case against the accused. The section 37 **CEA** hearings were held to determine the claims of public interest privilege raised by the Crown during the cross-examination of Sergeant Janes which happened to arise during the Abuse of Process/Bertrand motion. The Court had no choice but to embark upon the section 37 **CEA** inquiries, once the public interest privilege objection was raised by the Crown and it invoked the provisions of section 37 of the **CEA**.

[45] Again, in my view, the only possible relevance or connection between the undisclosed *ex parte* proceedings to the issue of the asserted apprehension of bias/actual bias/loss of impartiality is that the Crown's objection to the disclosure of the information that led to those proceedings arose during the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion. Had the section 37 **CEA** hearings arisen in another motion or at another time during the trial or pre-trial proceedings then the undisclosed *ex parte* portions of those proceedings would have no relevance or probative connection at all to the present motion for recusal. What occurred within the *ex parte* portions of the section 37 **CEA** hearings to determine the validity of the objection to the disclosure of the information, which cannot be disclosed to protect the privilege, is not relevant to the hearing of the motion for recusal.

[46] Finally, it is unnecessary for the purposes of deciding the recusal motion, as it is framed by the Crown, to consider the *ex parte* portions of the Sec. 37 **CEA** proceedings. Non-inclusion of it in the record for consideration obviates the need to revisit or embark upon further cumbersome, lengthy, irrelevant and unnecessary collateral inquiries such as whether and to what extent portions of the *ex parte* proceedings can be disclosed to the accused, whether summaries or vetted transcripts of the undisclosed *ex parte* proceedings should be provided and whether *amicus curiae* should be appointed to assist the Court in addressing those issues. We have been through those types of lengthy, complex and contentious processes already on two occasions during the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion, to address the validity of public interest privileges raised by the Crown and I can see no benefit to revisiting those types of issues and processes when they are not necessary, not relevant or of any real assistance in addressing the motion for recusal as framed by the Crown.

[47] On the other hand, to proceed with the *ex parte* portion of the sec. 37 **CEA** hearings as part of the record and undisclosed to the accused would result in the accused being left in the dark about matters the Court would or might take into

consideration in determining the merits of the Crown's motion for recusal. It must not be forgotten that the accused have a stake in this recusal motion as well, even if arguably the issue may not rise to the level of interference with their right to make full answer and defence. They have been participating in this criminal proceeding for almost three years now and a recusal of the trial judge at this stage, which would quite possibly necessitate the virtual recommencement of all of these proceedings, would be very burdensome and likely significantly prejudicial to the accused in having their case heard in as timely manner as possible.

[48] Accordingly, and for the foregoing reasons, I determined that I would not consider the undisclosed *ex parte* portions of the section 37 **CEA** hearings as part of the record on this motion.

The Threshold Issue

[49] As stated previously, I declined to hear the first motion brought by the defence for the removal of prosecutor Bertrand (with leave granted to re-file a further motion) for failure to provide the legal grounds upon which the relief was being sought or the evidentiary foundation they were relying upon or intending to establish in support of the motion (decision dated January 20, 2011).

[50] In the absence of specific rules of criminal procedure, I advised counsel and insisted from the very outset of this proceeding that any motions for pre-trial or **Charter** relief would have to be brought in a timely manner, be in writing and set out clearly and concisely: a) the specific nature of the relief sought, b) the legal grounds upon which the relief was sought, and c) the evidentiary foundation relied upon or intended to be established in support of motion. The authority to insist upon such requirements is found in the inherent jurisdiction of the superior court to control the trial process and is well supported in the applicable jurisprudence.

[51] In *R v. Wilder*, [2004] B.C.J. No. 1026 (B.C.S.C.), Romilly, J. stated the threshold test for the court to determine whether a motion for *Charter* relief would proceed in the following terms:

*"Before I hear evidence or argument in support of an application for Charter relief, Mr. Wilder must first satisfy the **threshold requirement and present grounds that disclose a basis upon which I may grant the remedy sought.** Assuming that he satisfies this initial requirement, he must be able to show that there is an air of reality to his contention that his Charter rights have been violated - that is, there must be an offer of proof or an outline of evidence or other admissible material capable of establishing an air of reality to his allegation of a Charter breach."*

[52] A similar approach and comments were made by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Kutynec*, [1992] O.J. No. 347, which I have referred to extensively on prior occasions in this proceeding when giving directions to the parties on what would be required at a minimum to have *Charter* motions heard. More recently, in *R. v. Price*, [2010] N.B.J. No. 418, our Court of Appeal confirmed the inherent jurisdiction of the Provincial Court to require timely notice of *Charter* motions (paras. 7, 8, 19 & 20 in particular) but deferred a decision on whether or not that included the authority of the Provincial Court judge to require a pre-hearing brief as it was not raised as a ground of appeal. The advantage, and indeed necessity in the present case, of insisting upon minimal notice requirements for pre-trial motions is amply illustrated with the Crown's present recusal motion which is now in, I believe at least, its fourth incarnation since it was first raised verbally (and not in writing) as a request for directions on October 24, 2011.

[53] It was defence counsels' failure to comply with these directives that resulted in their first Abuse of Process/Bertrand motion not being heard.

The Threshold Decision – Can it be Revisited by this Court?

[54] The threshold question in the second Abuse of Process/Bertrand motion on whether the accused presented sufficient grounds and evidence to proceed with the hearing was heard and decided some nine months ago. Detailed reasons were not provided at that time although it was indicated that they would be forthcoming as it was intended that the reasons on this preliminary issue would be provided in the decision to be rendered upon completion of the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion, which has still not yet occurred.

[55] If the Court was in error in determining a threshold issue in deciding to embark upon or refusing to embark upon an interlocutory motion in a criminal proceeding, the usual procedure (although an exception would apply for a decision on a section 37 **CEA** application ancillary to the main action) is for the aggrieved party to appeal that decision to the appellate court upon a verdict being entered if they are dissatisfied with the outcome. Otherwise, it appears as though the Court of first instance is being asked to revisit its decision or exceed its authority by exercising an appellate function with respect to its own ruling. Apart from the legal jurisdictional issues that proceeding in such a manner would create; from a merely practical perspective, it would also obviously promote a very inefficient mechanism for dealing with the review of interlocutory decisions in criminal proceedings and the conduct of the trial.

[56] In the instant case, however, the analysis is not quite so simple or straight forward. As the recusal motion is now framed, the Crown asserts that the Court, by incorrectly determining the threshold question and embarking upon the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion exceeded its jurisdiction, intruded into a review of prosecutorial discretion and thereby created an apprehension of bias towards the Crown.

[57] Where claims of apprehended bias, actual bias and/or loss of impartiality are raised with respect to a superior court trial judge, the party seeking recusal must present its concerns to that judge first. In *R. v. Duong*, [1998] O.J. No. 3546 (Ont. Ct. of Justice), Smith, A.C.J.O. denied an application on jurisdictional grounds where the accused applied to the Chief Justice of the superior court to order the recusal of the trial judge, who was also a judge of the superior court and refused a prior motion for his recusal. The applications judge succinctly summarized the law relating to recusal applications for superior court trial judges and the appeal process in paragraphs 20 and 26-27, which I adopt:

20 Bias, as a jurisdictional issue and a collateral matter, must be heard by the superior court trial judge seized.

...

26 Rahey and R.D.S. together deliver this important statement on the point relevant to the case at hand: the trial judge should hear the application (i.e.: for bias); then the matter may be appealed to a higher level court. The only matter that can be heard on appeal regarding a trial before a superior court, is the verdict itself (although bias can be a ground of appeal). Thus, the process is clearly defined. The superior court trial judge's jurisdiction is complete. There are no gaps. The appeal process is exhaustive.

27 The recusal process to be followed when the trial is before a superior court judge is that the application for recusal or disqualification based on apprehension of bias should be put to, and heard by, the trial judge himself. This recusal application should be made in a timely fashion: *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537. To be raised on appeal, it must have been raised at trial: *Taylor v. Canadian Human Rights Commission*, [1990] 3 S.C.R. 892. An appeal will then lie to the Court of Appeal on the verdict (Criminal Code s. 675(1)). If bias is found on appeal, it will result in a "nullity" of the proceedings and decision, such that a new trial with a different judge would have to be ordered (*Ewaschuk* para. 23:2100; R.D.S.).

[58] As the Crown's motion for recusal is grounded in a claim of apprehension of bias, actual bias or loss of impartiality, it is necessary and appropriate that it be first brought to the judge seized of the trial of the matter. On the surface and

from a strictly procedural perspective, it appears as though the Crown has brought its motion to the proper forum.

[59] That being said, however, for all intents and purposes the Crown's recusal motion is effectively a request for me to revisit my earlier decision on the threshold issue. In effect, the Crown is appealing my earlier decision to me for reconsideration. I say this because the Crown essentially raises the same grounds in the motion to recuse myself as it did in its preliminary motion to strike the accused's Abuse of Process/Bertrand motion (ie. by hearing the motion the Court would exceed its jurisdiction resulting in improper supervision and intrusion into the Crown's exercise of prosecutorial discretion). That being the case, in my view, if I was incorrect in determining that the threshold was met prior to entering into the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion then it is the Court of Appeal that should ultimately pass judgment on whether or not I erred in law in coming to that conclusion as is alleged by the Crown. Otherwise, the Crown gets "two kicks at the can", so to speak, on the threshold issue before the same motions judge.

The Threshold Decision and Reasons

[60] On February 14, 2011, the accused filed the second Abuse of Process/Bertrand motion. On February 21, 2011, Crown counsel advised of its intention to file a motion to strike the motion. The Crown's preliminary motion to strike was scheduled to be heard on March 1, 2011 at 9:30 a.m. to be followed immediately by the hearing of the accused's Abuse of Process/Bertrand motion in the event it was not struck.

[61] The Crown's preliminary motion to strike was heard on March 1, as scheduled and I rendered my ruling immediately upon its completion, indicating that I was satisfied that the necessary threshold to conduct the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion had been met. I did not provide detailed

reasons at that time. It was my intention to do so later and it was also my intention to continue that day with the hearing of the actual Abuse of Process/Bertrand motion. Immediately following my decision to dismiss the Crown's motion to strike, however, Crown counsel advised that they were not ready to proceed with the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion and requested an adjournment. The hearing was rescheduled to begin on March 21, 2011.

[62] Although it is somewhat awkward in the circumstances to explain the reasons for deciding the preliminary threshold issue after Crown counsel raises the failure or delay in providing those reasons as an issue in this recusal motion and argues that any reasons given will be potentially perceived as tainted and *ex post facto* justification for what was decided, I nevertheless feel compelled to provide my reasons at this stage for the benefit of the record and any potential review of the decision.

[63] I should first state, that at the time of rendering my decision on the threshold issue on March 1, I had not formulated in detail the reasons for my decision, although I had sketched out the basis and reasons for it by the time the parties had completed their arguments on the motion. During the period leading up to the date of the hearing, I had the benefit of reviewing a great deal of the jurisprudence on the issues involved in both the Crown's preliminary motion and the overlying Abuse of Process/Bertrand motion. I felt I would be able to formulate my decision on the preliminary threshold issue upon completion of the parties' respective submissions on the morning of the hearing of the Crown's motion to strike. It was my intention to proceed with the Abuse of Process/Bertrand motion without any further delay, in the event that I determined, after hearing the parties, that the motion to strike should be dismissed.

[64] In summary, after reviewing the record, the relevant jurisprudence and the submissions of counsel, I was satisfied that although the evidence and the record

were certainly not determinative of the accuseds' assertions that Mr. Bertrand had lost his objectivity, was in a conflict of interest or that those allegations if established constituted an abuse of process, there was sufficient evidence, and the circumstances were such, that in my view the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion should proceed and that the accused not be prevented from pursuing it. More specifically my reasons for coming to this determination included consideration that:

- a. The accused were not seeking a stay of proceedings - they were seeking an order to remove a particular Crown prosecutor or limit his involvement in the prosecution of the case in pre-trial and trial proceedings – the requested relief, if granted, would not bring the proceedings to a close.
- b. The multiple roles played by Mr. Bertrand throughout the investigation and the prosecution and Crown counsel's indication that he would play a much more visible and involved role in the actual pre-trial and trial proceedings, particularly a central role in the *Wilson/Garofoli* hearing.
- c. The evidence of the extensive dealings Mr. Bertrand had with the investigative team of the RCMP.
- d. The disclosure issues that continued to arise throughout the proceedings, including the non-disclosure of the monitor's briefing notes and Mr. Bertrand's involvement in all disclosure issues according to Corporal Jean Guy Bourque in a prior motion.
- e. Defence counsel's indication of their intention to call Mr. Bertrand as a witness in the *Garofoli/Wilson* application.
- f. My view, at the time that the hearing of a motion to determine whether or not an individual Crown prosecutor, who had occupied multiple roles in the investigative phase and was intended to continue to occupy a very involved role in the prosecutorial phase and was alleged to have lost the objectivity and impartiality necessary of Crown counsel or was in a conflict of interest, would not be an unwarranted intrusion or interference with the Attorney General's appointment of counsel.

Motions held to determine if particular counsel in a particular case should be removed over the objections of their clients are not unheard of particularly in areas of alleged conflict of interest. Such motions can be brought against defence counsel in criminal proceedings or counsel

for any party in a civil proceeding, if the circumstances warrant it. In my view, there was nothing of particular prosecutorial import or uniqueness to the position of prosecutor that would justify raising the threshold to the level suggested by the Crown before a hearing could be held to determine the issue.

I did not accept that the role of prosecuting attorney was cloaked with or entitled to any more consideration than a defence lawyer would be who faced a motion for his/her removal whether based on a conflict of interest or otherwise.

Crown's Position on Threshold Issue

[65] The Crown's requested recusal order is based on its assertion that "*An apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality arises from the Court's entry into and the continuation of an inquiry into prosecutorial discretion without admissible or other evidence of apparent wrongdoing in the nature of 'flagrant impropriety' on the part of the Crown...*" and "[T]he entry into and continuation of the inquiry into Crown and RCMP actions without evidence such as 'flagrant impropriety' places the Court in a supervisory role over the Crown and results in a loss of impartiality . . .". In support of this proposition it cites and relies upon the Supreme Court of Canada decisions in *R. v. Nixon*, [2011] S.C.J. No. 34, *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601 and *R. v. Curragh*, [1994] S.C.J. No. 33. I believe Crown's position can be best articulated by reference to the explanation of the principles provided by the Supreme Court of Canada in *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372 at paragraphs 30 to 32:

30 It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions. Support for this view can be found in: Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 9-11. See also Binnie J. in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 157-58 (dissenting on another point).

31 This side of the Attorney General's independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process. In *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, L'Heureux-Dubé J. said, at pp. 621-23:

It is manifest that, as a matter of principle and policy, courts should not interfere with prosecutorial discretion. This appears clearly to stem from the respect of separation of powers and the rule of law. Under the doctrine of separation of powers, criminal law is in the domain of the executive

Donna C. Morgan in "Controlling Prosecutorial Powers - Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, at pp. 20-21, probes the origins of prosecutorial powers:

Most [prosecutorial powers] derive ... from the royal prerogative, defined by Dicey as the residue of discretionary or arbitrary authority residing in the hands of the Crown at any given time. Prerogative powers are essentially those granted by the common law to the Crown that are not shared by the Crown's subjects. While executive action carried out under their aegis conforms with the rule of law, prerogative [page389] powers are subject to the supremacy of Parliament, since they may be curtailed or abolished by statute.

...

In "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, at pp. 378-80, J. A. Ramsay expands on the rationale underlying judicial deference to prosecutorial discretion:

...

It is fundamental to our system of justice that criminal proceedings be conducted in public before an independent and impartial tribunal. If the court is to review the prosecutor's exercise of his discretion the court becomes a supervising prosecutor. It ceases to be an independent tribunal. [Emphasis in original.]

32 The court's acknowledgment of the Attorney General's independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion

has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process __ rather than the conduct of litigants before the court __ is beyond the legitimate reach of the court. In *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239 (B.C.C.A.), Esson J.A. for the court observed, at p. 254, that:

The independence of the Attorney-General, in deciding fairly who should be prosecuted, is also a hallmark of a free society. Just as the independence of the bar within its proper sphere must be respected, so must the independence of the Attorney-General.

We agree with these comments. The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict.

[66] Again, the Crown does not assert any specific statement or conduct on the part of the Court as the basis of its claim for an apprehension of bias/actual bias or loss of impartiality. It is based on the fact that the Court has embarked upon the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion where the Crown asserts that there was no evidence or insufficient evidence "*of apparent wrong doing in the nature of 'flagrant impropriety' on the part of the Crown*" in exercising a prosecutorial discretion as a requisite pre-condition to proceeding.

[67] The Crown's position on the threshold question remains the same as it was when it argued its preliminary motion to strike the second Abuse of Process/Bertrand motion. The concept of "flagrant impropriety" and its relationship with prosecutorial discretion is addressed in *Krieger*.

49 In *Campbell v. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480 (Ont. C.A.), it was held that an Attorney General's decision to stay

proceedings would not be reviewed save in cases of "flagrant impropriety". See also *Power, supra*; *Chartrand v. Quebec (Minister of Justice)* (1987), 59 C.R. (3d) 388 (Que. C.A.). Within the core of prosecutorial discretion, the courts cannot interfere except in such circumstances of flagrant impropriety or in actions for "malicious prosecution": *Nelles, supra*. In all such cases, the actions of the Attorney General will be beyond the scope of his office as protected by constitutional principle, and the justification for such deference will have evaporated.

[68] In that same decision of a unanimous Court, Iacobucci and Major J.J. also explained the concept and scope of prosecutorial discretion at paras. 42 to 47.

D. Prosecutorial Discretion

42 In making independent decisions on prosecutions, the Attorney General and his agents exercise what is known as prosecutorial discretion. This discretion is generally exercised directly by agents, the Crown attorneys, as it is uncommon for a single prosecution to attract the Attorney General's personal attention.

43 "Prosecutorial discretion" is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

44 L'Heureux-Dubé J., in quoting David Vanek's work, "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219, said that "[p]rosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences" (*Power, supra*, at p. 622).

45 As discussed above, these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive, as well as statutory bodies like provincial law societies.

46 Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police; (b) the

discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osioy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

47 Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum.

[69] The Crown submits that although not identified specifically as such in *Krieger*, the appointment of a particular person to prosecute a particular case falls within the "core" prosecutorial discretion of the Attorney General and cites the decision of *R. v. Hauser and A.G. of Alberta*, [1977] 6 W.W.R. 501 (Alta. S.C. App. Div.) at para. 27 in support of that proposition.

[70] It should be noted that *R. v. Hauser* was decided well before the Supreme Court of Canada's decision in *Krieger* where prosecutorial discretion was more fully explained as being related to decisions "as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for". Further, the Crown's reference to paragraph 27 of the *Hauser* decision in support of its submission that the appointment of counsel is within the parameters of Crown discretion appears to be taken out of context or, at best, appears to be *obiter dicta*. In the *Hauser* decision the court was not dealing with the issue of the appointment of a particular prosecutor but the much larger and constitutional issue of whether or not the Attorney General of Canada could prefer an

indictment or whether it could only be preferred by the Attorney General of Alberta or with his/her written consent.

[71] In my view, a potential order for removal of a particular Crown prosecutor from, or limiting his/her involvement in a prosecution does not inhibit or interfere with the Attorney General's "core" prosecutorial discretion as explained in *Krieger*. Such an order would not affect or limit in anyway the Attorney General's discretion to bring, pursue, resolve or discontinue the prosecution of criminal charges or its decisions with respect to what charges to bring.

[72] As the basis of its request to the Court to revisit its prior decision on the threshold question, Crown counsel submit that with the decision in *R. v. Nixon*, released on June 24, 2011, that the Supreme Court of Canada has elevated the evidentiary threshold necessary to conduct a hearing into prosecutorial discretion and the Crown maintains that the appointment of counsel forms a part of "core" prosecutorial discretion. The Crown submits that this confirmation of the elevated threshold warrants a re-examination of this court's decision on the threshold issue rendered on March 1, 2011 in the Crown's motion to strike the accused's Abuse of Process/Bertrand motion.

[73] In *Nixon* the accused was charged with dangerous driving causing death, driving while impaired and other related charges. Crown counsel and the accused entered into a plea agreement which was subsequently repudiated by the Crown upon review by the Acting Assistant Deputy Minister of the Attorney General of Alberta. The application judge determined that the repudiation of the plea agreement constituted an abuse of process and violated Nixon's section 7 *Charter* rights and directed the Crown to honor the agreement. The decision was overturned by the Alberta Court of Appeal and that decision was sustained on further appeal to the Supreme Court of Canada. The court determined that the Acting ADM's decision to repudiate the plea agreement constituted an act of prosecutorial discretion and was only subject to judicial review for abuse of

process. Absent bad faith, prosecutorial misconduct, or improper motive in reaching that decision, the Crown's decision to repudiate the agreement could not be interfered with.

[74] On the threshold question the Crown refers to paragraphs 60 to 65 in *Nixon*:

60 Before discussing the merits of the application, I want to address an important preliminary issue. As stated earlier, the AGBC intervened in this case to emphasize the importance of criminal trial courts not proceeding with a review of prosecutorial discretion in the absence of a "threshold determination" that the inquiry is warranted. I agree that a court should not embark on an inquiry into the reasons behind an act of prosecutorial discretion without a proper evidentiary foundation. However, it is my view that evidence that a plea agreement has been entered into and subsequently reneged by the Crown meets the requisite threshold. I will explain.

61 As the AGBC rightly points out, mandating a preliminary determination on the utility of a Charter-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

62 Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. For example, it would not suffice for an applicant to allege abuse of process based on the fact that the Crown decided to pursue the charges against him but withdrew similar charges against a co-accused. Without more, there would be no basis for the court to look behind the exercise of prosecutorial discretion.

63 However, the repudiation of a plea agreement is not just a bare allegation. It is evidence that the Crown has gone back on its word. As everyone agrees, it is of crucial importance to the proper and fair administration of criminal justice that plea agreements be honoured. The repudiation of a plea agreement is a rare and exceptional event. In my view, evidence that a plea agreement was entered into with the Crown, and subsequently reneged by the Crown, provides the requisite evidentiary threshold to embark on a review of the decision for abuse of process. Further, to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to resile from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim.

64 This approach is consistent with the principles set out in Krieger. Acts of prosecutorial discretion are not immune from judicial review. Rather, they are subject to judicial re-view for abuse of process. Depending on the circumstances, the repudiation of a plea agreement may well constitute an abuse of process, either because it results in trial unfairness or meets the narrow residual category of abuse that undermines the integrity of the judicial process. In applying the Krieger standard to the repudiation of plea¹ agreements, the principles set out in these reasons, notably at paras. 46-48, on the importance of honouring resolution agreements must be kept in mind. Consider, for example, if the repudiation was made arbitrarily, without inquiry into the circumstances leading to the plea agreement, and without regard to any resulting prejudice to the accused. Alternatively, consider if there was evidence of a systemic problem in a particular jurisdiction where Crown counsel regularly and summarily overruled the preceding Crown counsel's exercise of discretion whenever they disagreed with the terms of the agreed upon plea resolution. In my view, an application judge may well be persuaded in such circumstances that the Crown acted in bad faith or with flagrant impropriety to a degree sufficient to constitute an abuse of process.

65 Thus, it is my view that a threshold showing must be made before the court embarks on a judicial review of an exercise of prosecutorial discretion. Evidence of repudiation meets that threshold.

[75] While the statement provided by the court on the threshold issue is significant, what is equally significant is that the Supreme Court also confirmed

its statement on the scope of prosecutorial discretion that it unanimously adopted in *Krieger* (see specifically paras. 18 & 21 of the *Nixon* decision). With respect to the particular issue relating to the Crown's repudiation of the plea agreement and whether it fell within the purview of prosecutorial discretion, Charron J. stated at para. 30:

30 In my view, the question of whether the ADM's decision to repudiate the plea agreement is an act of prosecutorial discretion, although disputed in this appeal, is just as easily resolved. As aptly put by Paperny J.A., in determining whether any impugned decision falls within the core of prosecutorial discretion, it is useful to ask: "... is it a decision as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and if so, what it should be for?" (para.32). Applying this test, she held that the ADM's decision to repudiate the plea agreement "fell squarely within the core elements of prosecutorial discretion" (para. 33). I agree...

[76] Applying this same test, I do not see that a decision to proceed with the hearing of a motion to remove or limit a particular Crown prosecutor's role in a trial rises to the level of interference with, supervision of or review of a "core" prosecutorial discretion, as articulated in *Krieger* and *Nixon*, that would justify or necessitate my recusal from this proceeding, even if I had been convinced that I erred in my original determination of the threshold issue on March 1. If I erred in my determination of the threshold issue, then it could still not be categorized as an error that resulted in an excess of jurisdiction by the judicial branch and an intrusion into the area of supervising the Crown in exercising a prosecutorial discretion that would create an apprehension of bias and necessitate a recusal. It would simply be an error subject to review on appeal.

[77] I should re-emphasize that at this stage in the proceedings, I have made no findings or come to any conclusions on the merits or lack of merits with respect to the accused's Abuse of Process/Bertrand motion. I have only determined that there was a sufficient evidentiary threshold to conduct a hearing to determine whether or not, as alleged by the accused, Mr. Bertrand has lost the objectivity and impartiality required of him to act as prosecuting counsel in pre-

trial motions and at trial to ensure that the accused receive a fair and impartial trial as they are entitled to under the *Charter*. I have made no findings or conclusions with respect to the motion itself or the evidence presented within the hearing of the motion to date. Obviously, to do otherwise would be precipitous and improper on my part as the presentation of the evidence has not been completed.

Failure to Provide Reasons Contemporaneous to Threshold Decision

[78] Although not specifically stated as a ground for the requested recusal order in the Crown's revised Amended Notice of Motion or any of its prior versions, Crown counsel raised an issue with the fact that at the time of rendering my decision on the threshold question I did not provide reasons nor did I do so shortly thereafter. Crown counsel had not raised this as an issue previously in the motion for recusal proceedings. The issue was never raised in the Crown's brief filed on the issue of jurisdiction which was titled "*The Nixon Threshold: Judicial Inquiry into Prosecutorial Discretion*".

[79] As stated previously, the Court has insisted throughout this proceeding that all pre-trial motions brought include the particulars of the relief sought, the grounds relied upon to support the claim for relief as well as the evidentiary basis to be relied upon by the moving party in support of the motion. In the past, Crown counsel have quite properly invoked and insisted upon defence counsels' compliance with these directives when faced with various motions in this matter.

[80] Prior to proceeding with any preliminary decisions relating to the recusal motion, I inquired of Crown counsel on more than one occasion for clarification on whether or not they were relying on any particular words, actions or conduct of the trial judge to constitute the apprehension of bias, bias or alleged loss of impartiality. In my view it was important that the accused and the Court be fully aware of any specific conduct, actions or words used by the Court as the basis of

the motion for recusal because of the significant record of proceedings that the Crown was asking the Court to consider as evidence in the motion. It contains, in addition to the significant documentary record, in excess of 50 CD recordings of Court sittings.

[81] It was particularly important from my perspective for defence counsel and the Court to have a grasp of the particulars of any impugned actions or conduct on my part to enable defence counsel to adequately prepare for the hearing and the Court to assess the amount of time to allow defence counsel for preparation. Based on the representations of Crown counsel, I allotted what I felt was sufficient time to defence counsel to prepare for the hearing.

[82] Despite the lack of prior notice, defence counsel did not raise any objection at the hearing to Crown counsel's failure to provide specifics of the basis of its complaint and relief sought with respect to the purported delay on my part to provide detailed reasons on the threshold issue.

[83] On the merits of the Crown's submission, I note that Crown counsel could point to no jurisprudence to support the contention that a trial court is obliged to provide reasons upon deciding a preliminary motion on a threshold issue relating to a motion for **Charter** relief in a criminal matter, prior to the actual hearing of the **Charter** motion being completed.

[84] In his submissions, Crown counsel referred to the decisions of the Supreme Court of Canada in **R. v. Teskey**, [2007] 2 S.C.R. 267, **R. v. Sheppard**, [2002] 1 S.C.R. 869 and the Ontario Court of Appeal decision in **R. v. Cunningham**, [2011] O.N.C.A. 543 Canlii. None of these decisions dealt with the provision of sufficient or timely reasons for a decision relating to preliminary matters such as threshold determinations before embarking upon the hearing of a motion and to provide those reasons on the threshold question before the hearing of the motion is even completed.

[85] In *Teskey* the trial judge delivered his reasons long after the accused's notice of appeal had been filed and more than eleven months after rendering his verdict of guilty and fifteen months after the completion of the trial. In *Cunningham* the trial judge decided a *Charter* motion that directly led to the accused's acquittal and failed to provide reasons for her ruling until more than two years after rendering the decision and well after the Crown's appeal had originally been scheduled to be heard.

[86] The main principle enunciated in those decisions is that in the circumstances of those particular cases, including the substantial delays for providing reasons after appeals to the verdicts had already been filed and with hearings of the appeals pending, it rendered the reasons that were eventually provided as unreliable, not valid and inappropriate for consideration by an appellate court on review. As stated by Doherty J.A. in *Cunningham* at paras. 13 & 14:

[13]. . . As is made clear in *Teskey*, there is no *per se* rule that reasons released after a decision, even long after the decision they purport to explain, cannot be taken as valid reasons for that decision. To the contrary, reasons, even if released long after the decision, "are presumed to reflect the reasoning that led him [the trial judge] to his decision": *Teskey* at para. 19.

[14] The presumption is, however, rebuttable: *Teskey* at para. 21. If on the totality of the circumstances, including but not limited to the passage of time between the decision and the release of reasons, "a reasonable person would apprehend that the written reasons are, in effect, an after-the-fact justification for the verdicts rather than an articulation of the reasoning that led to the decision", those reasons must be disregarded by the appellate court in assessing the sufficiency of any reasons provided by the trial judge: *Teskey* at para. 23.

[87] In the instant case it was my intention when giving my decision on the threshold question on March 1, 2011 that I would provide more complete reasons on that preliminary issue when delivering my reasons relating to the merits of the overlying Abuse of Process/Bertrand motion, similar to what I have done in the

present case concerning the preliminary issue on whether the undisclosed *ex parte* proceedings relating to the section 37 *CEA* hearings could be considered in determining the merits of the recusal motion.

[88] From a purely practical perspective, I have found that it is often prudent for a motion judge not to provide detailed reasons for decisions on preliminary issues in motions until delivering reasons on the ultimate decision with respect to the overlying motion. Proceeding in such a fashion can prevent confusion or misinterpretation of the Court's comments on the preliminary issue and avoid any perception that that the Court has pre-determined or already decided the outcome of the merits of the motion.

[89] At the time of rendering my decision on the threshold issue and dismissing the Crown's preliminary motion, I anticipated that we would move directly into the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion. Quite frankly, I also did not anticipate that the hearing of the motion would necessitate the conduct of two separate section 37 *CEA* hearings instituted by the Crown as well as a motion for recusal and directions. I did not imagine that some nine months after commencing the Abuse of Process/Bertrand motion that it would not be completed with reasons having been delivered on the merits of the motion together with my reasons on the threshold issue raised in the Crown's preliminary motion to strike.

[90] In the final analysis, the Crown's complaint concerning the delay in the provision of reasons on the threshold issue is not a question of exceeding my jurisdiction and intruding into a supervision of a purported prosecutorial discretion, or an apprehension of bias, actual bias or loss of impartiality on my part as the motions judge. In fact, the jurisprudence illustrates that it is really an issue of an apprehension of *ex post facto* justification of a decision which in such circumstances is liable to be found unreliable and not appropriate for consideration by an appellate court on review. Therefore, in my view, it is clearly

a matter for the Court of Appeal to decide, not the judge whose conduct is being impugned.

Disposition of Motion for Recusal

[91] For the foregoing reasons, the Crown's motion for my recusal from the case is denied.

Request for an Order to Limit Cross-Examination

[92] In the event its motion for recusal is denied, the Crown seeks an order for the following alternative relief:

1. On the continuation of the cross-examination of Sgt. Mark Janes within the motion alleging abuse of process by the Crown and on any further motions, there shall be no cross-examination on matters relating to the public interest privilege that is currently protected by vetting arising from two section 37 *Canada Evidence Act* decisions and more particularly questions in the following areas:
 - a. Matters relating to the first interview of Ronald Jackson, dated January 7, 2009;
 - b. Matters relating to Sgt. Janes' characterization of Ronald Jackson and Stephen Hopper as "agents";
 - c. Matters relating to actions taken by Sgt. Janes subsequent to his mistaken testimony on or about April 7, 2011;
2. Following the completion of the cross-examination of Sgt. Mark Janes by counsel for Christopher Tingley, there shall be no recall of Sgt. Mark Janes for further cross-examination by counsel for Rodney Tingley, Roger Tingley and Michael Tingley;
3. Following the completion of the cross-examination of Sgt. Mark Janes, there shall be no recall of witnesses or the calling of new witnesses on the motion alleging abuse of process;
4. Following the completion of the cross-examination of Sgt. Mark Janes, the parties will present their oral submissions to the Court in argument for and against the motion alleging abuse of process.

5. Such further order as counsel may advise and as may be found just by this Court.

[93] From an evidentiary perspective and prior to dealing with the merits of the claim for alternative relief, it should be noted that unlike its position with respect to the motion for recusal, the Crown was not requesting or suggesting that the Court consider any evidence, when deciding the alternative relief claims, that had not been disclosed to either party and was presented during *ex parte* proceedings.

[94] It is also worth noting that the request for an order limiting cross-examination relates not only to the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion but also to any further motions to be brought in this proceeding. Further, as I read the request for relief, the limitations on cross examination sought would also apply to the cross-examination of any witness called in those motions and would not be limited to the questioning of Sergeant Janes.

[95] At the hearing, Crown counsel indicated that she would not be making oral submissions on the request for an order limiting cross-examination unless the Court had questions. Ms. Gregory indicated that the Crown would be relying on the submissions set out in the "*Brief on Law: Limiting Cross Examination*", filed by the Crown on October 24, 2011. In that regard, I take no issue with the general statement of principles set out in paragraphs 1 to 3 of the Crown Brief, to the effect that:

- 1) "the right of cross-examination must...be jealously protected and broadly construed...[b]ut it must not be abused" – *R. v. Lyttle*, [2004] S.C.J. No. 8 (S.C.C.),
- 2) trial judges enjoy a broad discretion to limit cross-examination on the grounds of relevance, harassment, misrepresentation, repetitiousness, etc.,
- 3) trial judges can limit cross-examination to protect a public interest privilege, and

- 4) that advance limitations on cross-examination may be necessary in some instances to avoid rulings being made only after damage is done – *R. v. Dawson*, [1998] O.J. No. 1039 (Ont.C.A.).

[96] The first issue is whether or not such a broad limitation on the right to cross-examination should be imposed in the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion or with respect to future motions in this proceeding. In my view, the requested limitations sought should not be imposed. In short, I have not been persuaded that such an order is warranted or could be justified in the present circumstances of this case.

[97] During his cross-examination to date, Sergeant Janes confirmed that both Stephen Hopper and Ronald Jackson were RCMP agents. With respect to Mr. Jackson, Sergeant Janes later recanted and purportedly corrected his alleged mistaken testimony that Mr. Jackson was an agent.

[98] Mr. Jackson, as indicated previously, was a co-operating witness who entered into an immunity agreement and was listed as a witness on the Crown witness list. Mr. Jackson gave five statements to the RCMP, four of which were provided to the accused through the disclosure process. The first statement was neither provided to the accused, nor even its existence identified to the accused, until Sergeant Janes mentioned it during his cross-examination on April 7, 2011. No portion of the statement was provided to the accused until the Court ruled that the large majority of the statement could be disclosed, although a small portion could not be disclosed in order to protect a public interest privilege. The evidence indicates that during the first interview or sometime that same day, Sergeant Janes consulted with Prosecutor Bertrand in relation to it.

[99] For his part, Stephen Hopper and his family were in a substantial family feud with the Tingley family and Mr. Hopper was very involved in assisting the RCMP with their investigation of the accused. He provided the RCMP with information on alleged criminal conduct of Tingley family members and video

recordings of alleged criminal conduct. He was listed as a witness on the RCMP's witness list, was a complainant against Tingley family members, was identified as a "victim" and provided extensive information that was included in the affidavit of Debra Craig that was used to obtain the authorization to intercept private communications. To this stage, Sergeant Janes has not indicated that his confirmation of Mr. Hopper as an RCMP agent was in error.

[100] With even this very limited summary of some of the involvement of Mr. Jackson and Mr. Hopper in this case, it is evident that the requested limitations on the areas of cross-examination sought by the Crown cannot be granted. Without attempting to be exhaustive in any way, it would seem to me that questioning witnesses in relation to the first statement of Ronald Jackson must be permitted. The non-production of this statement prior to a court order would be a legitimate and relevant area of inquiry by defence counsel, even if only in relation to prosecutor Bertrand's involvement as "disclosure" Crown, if any, with respect to the motion to have him removed as Crown counsel.

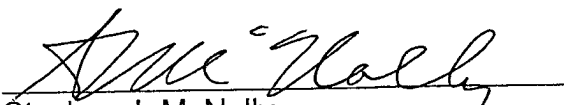
[101] I can see no legal basis for limiting cross-examination in the Abuse of Process/Bertrand motion or future motions relating to Sergeant Janes' characterization of both Mr. Jackson and Mr. Hopper as RCMP agents. Sergeant Janes has identified Mr. Jackson as an agent and recanted this testimony which was temporarily terminated to conduct the Crown's requested section 37 **CEA** hearing relating to the public interest privilege objection before defence counsel had an opportunity to further explore which version is correct. It goes without saying, that defence counsel is not obligated to accept only the last version without an opportunity to challenge it. With respect to Mr. Hopper, there was no recantation or correction concerning his status as an agent and I can see no basis for limiting questioning in the Abuse of Process/Bertrand motion or other future motions with regard to this status so long as it meets the test of relevance at the time, any other requirements of admissibility and is not privileged information.

[102] The last area of inquiry sought to be limited in advance is in relation to actions taken by Sergeant Janes following his alleged mistaken testimony confirming Mr. Jackson as an agent. For the same reasons already stated, I can see no basis for limiting questioning in this area in the Abuse of Process/Bertrand motion or future motions so long as the requirements of relevance and admissibility are satisfied at the time and there is no valid claim of privilege over the subject area.

[103] Crown counsel made no oral submissions with respect to the relief sought in paragraphs 2, 3, 4 and 5 of the claim for alternative relief relating to the conduct of the remainder of the hearing of the Abuse of Process/Bertrand motion. Nor did it provide any written submissions in relation to those claims for relief. I see no basis in the materials provided, or in the evidentiary record of the proceedings on this motion, that would warrant, at this time, the granting of the orders requested.

[104] For the foregoing reasons, the Crown's motion for alternative relief is also denied.

Dated at Moncton, New Brunswick this 9th day of December, 2011.


Stephen J. McNally
Judge of the Court of Queen's Bench of
New Brunswick.

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

177-11-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY and
CHRISTOPHER TINGLEY

RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY et
CHRISTOPHER TINGLEY

RESPONDENTS

INTIMÉS

R. v. Tingley, 2015 NBCA 51

R. c. Tingley, 2015 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
December 15, 2011

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 15 décembre 2011

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N.A.

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
October 7, 8 and 9, 2014

Appel entendu :
Les 7, 8 et 9 octobre 2014

Judgment rendered:
August 5, 2015

Jugement rendu :
le 5 août 2015

Official bilingual version:
October 2, 2015

Version officielle bilingue :
le 2 octobre 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Kathryn Gregory

For the respondent Rodney Tingley:
Alison Ménard

For the respondent Roger Tingley:
Graham Sleeth, Q.C.

For the respondent Christopher Tingley:
Brian Munro

THE COURT

The appeal is dismissed. Subject to any further order of an appropriate court, the publication ban remains in place for 60 days.

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Kathryn Gregory

Pour l'intimé Rodney Tingley :
Alison Ménard

Pour l'intimé Roger Tingley :
Graham Sleeth, c.r.

Pour l'intimé Christopher Tingley :
Brian Munro

LA COUR

L'appel est rejeté. Sous réserve de toute autre ordonnance d'un tribunal compétent, l'interdiction de publication demeurera en vigueur pour une période de 60 jours.

TABLE OF CONTENTS

	Para.
I. Introduction	1
II. Factual Background	7
A. <i>The path leading to the Court of Queen's Bench</i>	8
B. <i>Proceedings in the Court of Queen's Bench</i>	11
(1) Arraignment and securing counsel	12
(2) Pre-trial matters	14
(a) <i>First defence motion for a stay of proceedings: alleged massive manifest deliberate non-disclosure</i>	17
(b) <i>Defence constitutional challenge</i>	24
(c) <i>Re-election and rescheduling of trial</i>	25
(d) <i>Defence motion for recusal</i>	31
(e) <i>Motion for a stay of proceedings, exclusion of evidence, mistrial or recusal: the roadmap motion</i>	32
(f) <i>Prosecution motion to vary order</i>	36
(g) <i>Attorney General directs the entry of a stay of proceedings in relation to three accused</i>	37
(h) <i>Determination of privilege attaching to blocked calls</i>	38
(i) <i>Vetting motions</i>	40
(j) <i>Second defence motion for stay, mistrial or recusal</i>	47
(k) <i>Motion for stay: disclosure of Pond interview</i>	51
(l) <i>Motion for histories of intercepts and motion to dismiss</i>	52
(m) <i>Garofoli/Wilson motion – leave to cross-examine</i>	53
(n) <i>First motion to disqualify prosecutor Bertrand and preliminary motion to dismiss</i>	59
(o) <i>Second disclosure motion</i>	61
(p) <i>Second motion to disqualify prosecutor Bertrand – preliminary motion to dismiss</i>	64
(q) <i>Third Defence motion for a stay of proceedings</i>	67
(r) <i>Second motion to disqualify prosecutor Bertrand</i>	68
(s) <i>Defence Omnibus motion</i>	81
(t) <i>Prosecution motion for recusal</i>	83
(3) Acquittals	98
III. Issues on appeal	100
IV. Analysis	103
A. <i>Preliminary matters</i>	103
(1) Jurisdiction of the appellate court	104
(2) Limit of appellate review	107
(3) Interlocutory appeals	109
B. <i>Grounds of appeal</i>	143
C. <i>Additional issue</i>	145
V. Disposition	146

The following is the judgment delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] On December 15, 2011, a large and costly prosecution came to a screeching halt when the prosecution suddenly opted to call no evidence against four of the eight remaining accused originally charged in an Information containing 57 counts alleging various offences. Of the other four individuals who had been charged in the same Information, one pled guilty, while the prosecution stayed the charges against the other three. In the absence of any evidence, the trial judge was obligated to acquit the four remaining accused. The Attorney General then immediately filed a Notice of Appeal from the acquittals, asking for the verdicts to be set aside and a new trial ordered. Before the appeal was heard, one of the four respondents passed away.

[2] In the submission written on behalf of the Attorney General, this rhetorical question is posed: “The overarching question in this [appeal] is why did this large and costly prosecution come to a premature end denying the public and the accused a determination of guilt or innocence on the serious offences charged?”. In my view, the answer is not a simple one. Criminal trials have often become long and complex; not always because the search for the truth constitutes a complicated inquiry, but rather because some trial lawyers engage in a series of lengthy and complex motions focused on the conduct of the police and/or the prosecution hoping to find that a right of the accused has been infringed. Such a gamble can pay lucrative dividends in the sense that, if an unexpected infringement is uncovered, it may lead to relief that would avoid having a determination of the charge on the merits. However, more often than not, these types of expeditions do not bear fruit. Instead, they prove to be exorbitant endeavours that consume enormous amounts of time and resources. Often, financial considerations serve to deter such questionable defence conduct. When funding is not an issue, however, this deterrence disappears.

[3] The fact that criminal trials often spin out of control has not gone unnoticed by legal professionals, and has at times been the subject of learned commentary. In a 2006 report to the Chief Justice's Advisory Committee on Criminal Trials in the Superior Court of Justice titled *New Approaches to Criminal Trials*, (online: <http://www.ontariocourts.ca/scj/news/publications/ctr/>), former Chief Justice Lamer is reported to have observed as early as 1995 that "[s]ome trials are so long that one wonders whether the process will not collapse under its own weight". Like many before it, this matter is one that has indeed collapsed under its own weight.

[4] The extent of the pre-trial matters in the present case is evidenced by the more than 170 transcripts filed with this Court, 20 of which relate to *in camera* proceedings. The Court received twenty-two boxes of materials from the Court of Queen's Bench, most of which relate to a series of lengthy and complex motions focused on the conduct of the police and/or the prosecution. The last of these motions consisted of a prosecution motion for the judge to recuse himself on the grounds he had embarked on an inquiry that compromised the independence of both the Court and the Office of the Attorney General, failed to protect privilege, and failed to properly manage the proceedings to prevent proliferation and prolixity.

[5] In my view, courts have an obligation to devise tests and thresholds to prevent abusive processes. The Supreme Court of Canada acknowledges the appropriateness of threshold determinations: *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566. Thresholds are not new. They are reflected in the "air of reality" tests courts often apply. In *R. v. Pires; R. v. Lising*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, the Court recognized that mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is an appropriate procedural safeguard.

[6] This is one case where a strict threshold determination might have avoided weeks, if not months, of pre-trial hearings. Nevertheless, I reach the conclusion that this case is not one that gives rise to the Attorney General's ability to abandon the prosecution by calling no evidence in order to immediately gain a right of appeal against these rulings

– a right that would be denied to the defence by application of the general rule against interlocutory appeals in criminal matters. In my view, it is on this narrow basis that the appeal must fail.

II. Factual background

[7] The extremely complex factual matrix that led to the prosecution folding, and thereby to the acquittals, can only be understood by first mapping the road from the initial charges to the acquittals.

A. *The path leading to the Court of Queen's Bench*

[8] In 2007, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) began a [REDACTED] investigation in the Colpitts Settlement area of New Brunswick. The investigation included a [REDACTED] authorization for the interception of private communications. The Attorney General's involvement in the matter began in November 2007, with the assignment of Michel Bertrand as both Crown counsel and wiretap agent during the RCMP investigation.

[9] The investigation resulted in charges against eight members of the Tingley family. These were contained in a 57-count Information. The Information alleged numerous offences under either the *Criminal Code* or the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, including possession for the purposes of trafficking, trafficking, conspiracy to traffic in controlled substances, criminal organization offences, firearm offences and failing to comply with conditions in either an undertaking given to a judge or a recognizance. The controlled substances involved were numerous: Oxycodone, Hydromorphone, Cannabis (Marihuana), Methadone, Cocaine, Cannabis Resin and Methylenedioxyamphetamine. Not all accused faced all charges, however. Some counts related to single individuals, while other counts jointly charged two or more of the accused.

[10] In December 2008, the Attorney General designated Kathryn Gregory to act together with Michel Bertrand in the prosecution phase of the case. Both counsel conducted the Provincial Court proceedings, which included: the initial appearance; bail hearings [REDACTED]; the election to be tried in the Court of Queen's Bench; and, on January 9, 2009, the waiver of a preliminary inquiry. Nicole Poirier was appointed as a third prosecuting counsel in January 2009, and remained until late 2010. Later, Gabriel Bourgeois would join the prosecution team.

B. *Proceedings in the Court of Queen's Bench*

[11] Ms. Gregory and Ms. Poirier conducted much, but not all, of the in-court proceedings in the Court of Queen's Bench, while Mr. Bertrand generally aided with trial preparation. The salient segments of the proceedings are set out below. For the sake of brevity, I have omitted some of the rather insignificant procedural motions or appearances, and some of the motions that were filed but not heard. There were many. I have generally refrained from commenting on the actions of the lawyers in the course of the countless pre-trial matters. The transcripts and the sheer volume of motions generally reveal a palpable and flagrant absence of defence cooperation with the prosecution. This type of conduct is antithetical to the civility that is expected of, and should prevail among, such professionals. The hyperbole directed at Crown and police action could certainly be argued to be most unprofessional. However, since the lawyers involved were not called upon at the appeal hearing to justify any specific comment, I will not pass judgement on any specific item. This said, there are a few instances below where I was unable to resist the temptation to point out the obvious.

(1) Arrest and securing counsel

[12] The Indictment was filed in the Court of Queen's Bench on January 23, 2009, and the accused were arraigned on March 2, 2009. At that time, each of the eight accused declined to enter a plea because he or she had not yet secured the services of counsel, so all were deemed to have pled not guilty. Shortly after the arraignment, all

accused had either secured counsel, or had identified counsel who might be retained, all on legal aid certificates. A trial date was scheduled for June 1, 2009. However, that date was derailed after all legal aid certificates were revoked, effective April 12, 2009, pursuant to a change in policy under the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2. The certificates were effectively cancelled because the defence costs were estimated to be too high. Relying on *R. v. Rowbotham*, [1988] O.J. No. 271 (C.A.) (QL), each of the accused applied for an order to stay the proceedings until they were provided with legal representation funded by the state. On April 24, 2009, the trial judge ruled the criteria for making such an order had been met and adjourned the hearing of the applications to give the Attorney General time to make funding arrangements with counsel. This was done, and by May 21, 2009, all accused were represented by counsel.

[13] Not surprisingly, the June 2009 trial date was abandoned.

(2) Pre-trial matters

[14] On May 26, 2009, the judge adjourned the trial to January 18, 2010, and issued directives for pre-trial matters. All accused advised of their intention to re-elect to be tried by a court composed of a judge and jury, and various pre-trial matters were heard in the months leading to the new trial dates. From this point on, the proceedings generally consisted of an endless series of motions that, for almost two and a half years, delayed all attempts at holding a trial. The motion hearings were ongoing when, on December 15, 2011, the matter came to an abrupt end. At that point, many of the motions filed had yet to be heard. Significant among these are what are described below as the *Garofoli/Wilson* motion and the *Omnibus* motion.

[15] For the most part, if not in all instances, the accused were united in each and every defence motion. Typically, one Notice of Motion was filed on behalf of all accused. Nevertheless, in too many instances, all lawyers insisted on presenting their own argument despite the repetitiveness of it all.

[16] In summarizing the pre-trial proceedings, I borrow liberally from the transcripts and from the numerous unreported decisions of the trial judge. In compliance with a publication ban, these decisions are all unreported.

(a) *First defence motion for a stay of proceedings: alleged “massive manifest deliberate non-disclosure”*

[17] The first of the significant motions was for relief under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this motion, the accused sought a stay of proceedings on grounds of alleged “massive manifest deliberate non-disclosure of evidence”, which the accused submitted violated their right to make full answer and defence under s. 11(d), and their right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*. In the alternative, the accused sought an order for the production of all undisclosed materials, an order for judicial release of those accused who had been remanded into custody pending trial, and an itemized inventory of all information in the possession of the prosecution, the RCMP, or any third party.

[18] The hearing of the motion commenced November 9, 2009. It involved many hearing days, and culminated in a decision delivered on December 10, 2009. In that decision, the trial judge observed: “[t]he respective positions of counsel for the applicants and the Crown, as well as their assessment of the facts relating to the question of whether the RCMP and the Crown fulfilled their duties to disclose all relevant material relating to the investigation to the accused, could hardly be further apart”. Crown counsel maintained they had done their best to provide “flawless” disclosure, and that any deficiency was unintentional, and something that was to be expected for a case of this magnitude and complexity. Conversely, the accused argued deliberate and systematic non-disclosure of requested documentation.

[19]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] On July 14, 2009, Crown

counsel stated disclosure was complete.

[20]

The trial judge held the accused had neither “established on the balance of probabilities that the Crown or the RCMP were involved in a ‘massive manifest deliberate non-disclosure of evidence’ as alleged” nor had they “established a breach of their rights under the *Charter*”. The accused had argued the RCMP had intentionally misled them when they provided each accused with individualized disclosure packages that respectively disclosed the evidence deemed relevant to each accused, instead of one disclosure package containing the entirety of the police investigation. The judge found the provision of individualized packages “was not done for any improper or nefarious purpose”. He observed no evidence established that the decision, to provide disclosure in this fashion, prejudiced any accused’s ability to make full answer and defence in any way, nor that it contributed to delaying the proceedings in any manner. [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

[21]

In the end, on what appears to have been common ground among all parties, the trial judge ordered the disclosure to defence counsel [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED] He made this disclosure contingent on each counsel providing an undertaking, in a form complying with the directives in *R. v. Guess*, 2000 BCCA 547, [2000] B.C.J. No. 2023 (QL), leave to appeal dismissed [2000] S.C.C.A. No. 628 (QL). [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[22] As to the allegations the prosecution had repeatedly misrepresented that disclosure was complete, the judge found that Crown counsel were genuine and honest in their representations to the Court and rejected defence assertions that “they have had to push and push the Crown throughout these proceedings for disclosure”. In fact, the judge found that defence counsel had themselves not been diligent in seeking full disclosure, adding that “once they did make specific requests the Crown was quick to respond”. In rendering his decision, the judge went on to chastise defence counsel for some of the unjustified allegations made against Crown counsel, stating that he was “convinced that had calmer, less contentious, more co-operative and courteous attitudes prevailed, the necessity of proceeding with a near month long hearing of this nature could very well have been avoided completely or at the very least significantly shortened”.

[23] Obviously, the trial was not able to proceed in January 2010 as scheduled.

(b) *Defence constitutional challenge*

[24] Defence counsel sought to challenge the constitutional validity of some of the *Criminal Code* offence-creating provisions. They anticipated calling an expert witness in support of their position, but the individual in question was not available. The matter was therefore held in abeyance.

(c) *Re-election and rescheduling of trial*

[25] Pre-trial matters continued unrelentingly into 2010. The accused had all advised of their intention to re-elect to be tried by a court composed of a judge and jury. At one point, however, one of the eight accused chose a different route, one that would

lead to his change of plea. He was therefore removed from the proceedings, which would continue on an amended Indictment. On January 28, six of the remaining seven accused formally re-elected, with Roger Tingley requesting his re-election be delayed because of ill health. The trial was rescheduled to begin on September 27, and a series of motions and pre-trial matters were also scheduled. On March 29, the commencement of trial was rescheduled, to September 28, because of a general election to be held in New Brunswick on the 27th.

[26] On March 29, 2010, the trial judge inquired of Roger Tingley whether he was prepared to re-elect. He informed the judge he believed further charges were forthcoming and he preferred not to re-elect at this time. The judge did not consider this a valid reason to delay the re-election. He therefore put Mr. Tingley to his re-election on each count that related to him. For each count, Mr. Tingley indicated he would rather wait to re-elect, and, each time, the judge recorded that Mr. Tingley was not prepared to re-elect having been given an opportunity to do so.

[27] On March 29, 2010, the judge expected to hear a prosecution motion to clarify the judge's previous order [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

However, at the hearing, defence counsel refused to consent to this procedure, insisting Crown counsel do as directed.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[28] Defence counsel were well aware that the Authorization to intercept private communications contained the following provisions:

6. It is further ordered that:
 - A. no communications may be intercepted and no observations may be made by means of a television camera at the office or residence of a solicitor, or at any other place ordinarily used by solicitors for the purpose of consultations with clients; and
 - B. when a monitor or police officer/investigator reasonably believes [that a] solicitor, or employee of a solicitor, is a party to a communication, the monitor or police officer/investigator must cease listening to, but may continue to record, the communication, and may spot-monitor the communication at reasonable intervals for the purpose of determining whether the solicitor, or employee of the solicitor, remains a party to the communication. When communications have been intercepted while on automatic monitoring, the monitor or police/investigator who subsequently reviews the communication must cease listening to the communication as soon as he/she reasonably believes that a solicitor, or employee of a solicitor, is party to the communication, and may spot-monitor the communication at reasonable intervals for the purpose of determining whether the solicitor, or employee of the solicitor, remains a party to the communication. Any communication with a solicitor, or employee of a solicitor, that is recorded pursuant to this Authorization shall be sealed and no person shall be permitted access thereto except as authorized by this Court.

[29] In this instance, the prosecution sought only a mechanism to determine whether intercepts that had been blocked pursuant to these provisions were in fact protected by solicitor-client privilege. This is not a privilege asserted by the Crown, as the defence repeatedly and erroneously contended. It is one that belonged to the parties of the intercepted communications. In fact, the Authorization provided for the very procedure the prosecution was invoking. Section 6 continued:

Provided [,] however [,] that in the event that a communication or communications have been recorded and

to which access has been denied pursuant to this paragraph, and it is reasonably believed that a communication may not be subject to solicitor-client privilege, then the communication or communications may be submitted to this Court for an *ex-parte* determination of whether access will be allowed to any of the communications.

[30] Defence counsel argued Crown counsel's conduct in not providing the factual basis upon which privilege attached was "on the verge of contempt", and called it "a disgrace" and "an affront". Yet, it is abundantly clear that all Crown counsel was attempting to do was point out that the Authorization did not allow them to unblock the calls to determine whether the intercept was, in fact, a privileged communication.

(d) *Defence motion for recusal*

[31] Still on March 29, 2010, after having asked for Crown counsel to be held in contempt for failing to provide the factual basis upon which certain intercepts could not be disclosed because they might constitute privileged communications, defence counsel made a motion for the trial judge to either recuse himself from the proceedings, or refer the matter to another judge so that judge could determine whether the trial judge should recuse himself. While it was counsel for Roger Tingley who made the motion, all other defence counsel either stood mute in tacit agreement or actively supported the motion. Only the prosecution opposed it. The ground offered for the motion was that Roger Tingley felt humiliated by the judge's earlier persistence in requesting a formal re-election on each of the charges he faced. In support of the request that the judge refer the matter to another judge, defence counsel invoked *R. v. Trang*, 2002 ABQB 1036, [2002] A.J. No. 1457 (QL), in which such an unorthodox approach was used. The trial judge ruled from the bench, quite correctly in my view, as follows:

Well, I have considered the comments and the submissions made by counsel with respect to the preliminary motion by Mr. Sleeth to have me refer this motion to another judge. He has provided me with some authority that would support such a procedure. In my view the appropriate procedure in the circumstances of this case is to maintain

jurisdiction over that question. I have not been satisfied that there is any basis upon which I [should] refer this to another judge or to recuse myself from hearing the motion and the [trial] – the preliminary motion is therefore denied.

- (e) *Motion for a stay of proceedings, exclusion of evidence, mistrial or recusal: the roadmap motion*

[32] Still on March 29, 2010, and continuing the following day, defence counsel argued a motion referred to as “the roadmap motion”. In that motion, the accused sought a stay of proceedings on the grounds the Crown had provided the Court with what was referred to as a “roadmap”, in which the anticipated evidence in support of each charge was laid out. The defence argued the trial judge was in possession of “untested evidence”; meaning information of which the admissibility had not been judicially determined. Defence argued this affected trial fairness and violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Alternatively, the accused sought an order excluding all the evidence, declaring a mistrial, or directing the judge’s recusal.

[33] This “roadmap” was interchangeably also called either the “court brief” or “case summary”. It was first mentioned at the pre-trial conference on September 9, 2009, well after all accused had filed a Notice of Re-election to Judge and Jury. At the conference, Crown counsel advised the judge they were preparing this “roadmap” but explained its preparation would take some time because of the work involved to establish links between the roadmap and individual items of evidence or interception. Considering the approaching trial date in January 2010, the judge requested the roadmap be provided to the defence, by October 9, 2009, without any links. The judge also asked for a copy for himself. Before acquiescing, Crown counsel inquired if the accused had any objection. Defence counsel advised they would provide their position in the course of the next appearance.

[34] Court reconvened on October 9. At the end of that proceeding, Crown counsel provided a compact disk to each counsel and offered one to the judge. Defence

counsel did not voice any objection to the judge being provided with a copy. One of the lawyers simply wanted to be assured the jury would not have access to this “roadmap”. In the absence of any objection, Crown counsel forwarded a copy to the judge, as he had directed, through the Clerk’s Office.

[35] On April 1, 2010, the judge dismissed the defence roadmap motion. The judge noted that the accused alleged their ss. 7 and 11(d) rights were violated through “gross and egregious misconduct” on the part of Crown counsel in providing the roadmap to the Court. However, the judge ruled the applicants had failed to establish any misconduct and underlined the *bona fides* of Crown counsel. The judge emphasized defence counsel had not objected to the roadmap being provided to him, nor had they complained until over three months after it was provided. The judge also rejected defence arguments that trial fairness was impacted. He pointed out that it is one of the regular functions of trial judges to review and assess evidence and to disregard it if it is later ruled inadmissible, noting that, in any event, it would be the jury and not the judge who would assess the admissible evidence to determine the verdicts. The judge also dismissed the request that he withdraw as trial judge. He applied the test of an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, and concluded such a person would not apprehend bias. He reminded the parties that trial judges presiding over jury trials, particularly complex trials, routinely receive case summaries from Crown counsel, as such documents help the judge with trial preparation. This is so because these documents are often a very practical and useful tool for both the identification of the live issues, and facilitating the smooth and efficient conduct of the trial.

(f) *Prosecution motion to vary order*

[36] In light of defence counsel’s position regarding the ■■■ interceptions that had fallen into the category of “possibly privileged” communications, Crown counsel filed a motion to vary the order in which the judge had directed them to provide details of the factual basis upon which the communications might be privileged. In a decision

rendered April 12, 2010, the judge recognized the concerns raised by the prosecution. He granted the motion, amended his earlier order, and directed that the RCMP deliver these intercepted communications to Chief Justice David Smith for the purpose of assisting in determining whether lawful privilege attached to the intercepts, and whether the factual basis for the privilege could be disclosed without breaching the privilege.

(g) *Attorney General directs the entry of a stay of proceedings in relation to three accused*

[37] May 31, 2010, was to be another day to hear what were termed the “vetting motions”. At the opening of the hearing, Crown counsel informed the trial judge that, pursuant to s. 579 of the *Criminal Code*, the Attorney General was directing that a stay of proceedings be entered in relation to three of the accused. This generated much argument by counsel for the accused, especially one who represented an accused to whom the stay did not apply. Another of the counsel, this time one whose client was affected by the stay, mused out loud about the coincidence that the stay was directed the same day the defence lawyers delivered “significant bills” to the Attorney General. It should go without saying that counsel should refrain from unsubstantiated speculation in open court about the motives of the Attorney General.

(h) *Determination of privilege attaching to blocked calls*

[38] On July 22, 2010, after having heard the parties on four different occasions on the question of the ■ intercepted communications that had been blocked as “perhaps privileged”, Chief Justice Smith issued a decision. Having reviewed all the communications in question, as well as the session sheets and synopses prepared by the monitors relating to these, he declined to make a ruling because of the “very unsatisfactory evidentiary vacuum” in which he was placed. He remitted the matter to the trial judge for him to make the determinations in question.

[39] On August 31, 2010, the trial judge ruled that the large majority of the ■ intercepted communications were in fact privileged communications. He noted that one of the calls had a synopsis but no associated WAV file, so the judge asked the prosecution to inquire into it. Other than solicitor-client privilege, he observed that ■ calls appeared to be communications that involved a confidential informant. He also found that some of the calls were irrelevant and contained no useful information.

(i) *Vetting motions*

[40] In April 2010, defence counsel filed three motions seeking disclosure of redacted portions of certain documents. Many portions of these documents had been redacted in order to protect privileged information. Defence counsel argued disclosure of the redacted information was necessary in order for them to make full answer and defence. In the alternative, they sought judicial summaries of the redacted portions of the documents. The documents in question consisted of: (1) Informations to Obtain and corresponding Affidavits; (2) source debriefing reports; and (3) officers' notes. On May 12, 2010, a fourth motion was filed seeking similar relief regarding items contained in the "black box"; that is, the hard drive on which disclosure was provided to them. On June 9, 2010, the accused filed a fifth "vetting motion" seeking un-redacted copies of source handlers' notes; that is, the notes taken by police officers following their dealing with police informants.

[41] As an initial step in the determination of the first of these motions, and with the consent of all parties, the trial judge ordered that the sealed documents regarding warrants and authorizations to intercept be unsealed so he could review them.

[42] The motions were heard over several days. In the course of those hearings, the prosecution served notice of its intent to seek a hearing under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, in order to object to the disclosure of certain information. This generated much argument. In the end, the judge issued a decision on June 9, 2010, addressing the procedure to be used under s. 37. He determined he would

first hear the evidence in the absence of the accused and their counsel. He would then provide judicial summaries of the proceedings to defence counsel, and hear their submissions on whether witnesses should be recalled for further questioning and possible cross-examination. The judge decided the appointment of *amicus curiae* was not necessary.

[43] The s. 37 hearing consumed several weeks. Ultimately, defence counsel were allowed to be present and participate during portions of some of these hearings, but were excluded for the portions where the information presented might identify a confidential informant. Nine witnesses were called to testify, and each one in turn expressed concerns and reservations with respect to releasing any information and/or documentation, even in vetted form, that might compromise their obligation to protect the identity of confidential informants.

[44] On September 9, 2010, the trial judge issued a comprehensive decision addressing the Crown's claim of informant privilege pursuant to s. 37 of the *Canada Evidence Act*. The judge explained that, in obtaining the various Authorizations to intercept private communications and search warrants on which the charges are largely based, the Crown relied extensively on information obtained from confidential informants. [REDACTED] After reviewing the law and considering the arguments of counsel, the trial judge stated as follows:

[...] I am satisfied that the Crown has established, beyond the balance of probability, that the documentation and information sought by the accused in Vetting Motions numbered 2 to 5 inclusive, as well as the additional documentation sought by the defence counsel in their oral submissions, contains informant information that its disclosure, even in a vetted form, might identify the confidential informants and thereby breach the informant privilege to which they are entitled by law.

[45] The judge therefore ruled the information sought did not have to be disclosed, and ordered the return of certain documents that had been disclosed but should not have been. As to the first vetting motion, he determined that should continue in accordance with s. 187 of the *Criminal Code*. After receiving further evidence and hearing more argument, the judge decided this motion on October 4, 2010. He ruled as follows:

Having reviewed both the redacted and un-redacted version of the various affidavits, the Informations to Obtain and the Authorization that are in issue, I am satisfied that the Crown summaries, the evidence of Sergeant Janes by both his affidavit and oral testimony, the Crown's submission as well as the edited portions of the affidavits and ITOs provide sufficient information to counsel for the accused to appreciate the nature of the edited portions of these documents and enable the accused persons to make full answer and defence.

[46] The accused appealed the trial judge's decision on the s. 37 proceeding. Section 37.1(1) of the *Canada Evidence Act* provides a right of appeal if a judge, acting under the authority of s. 37, either orders the disclosure of certain information or prohibits disclosure on grounds of a specified public interest. The Attorney General applied to this Court for an adjournment of the appeal until the conclusion of the trial. In *Tingley et al. v. R.*, 2011 NBCA 8, 366 N.B.R. (2d) 390, this Court adjourned the appeal to a date to be set by the Chief Justice once the trial in the underlying criminal matter was concluded.

(j) *Second defence motion for stay, mistrial or recusal*

[47] While the vetting motions and the corresponding s. 37 hearings were taking place, the accused again sought an order for the trial judge to enter a stay of proceedings, declare a mistrial, or recuse himself. The motion was dismissed from the bench with reasons to follow. The reasons were delivered four days later, on June 15, 2010.

[48] The basis for the motion was that, in rendering a decision on April 1, 2010, the trial judge had made reference to [REDACTED] – a term the defence argued reflects a finding of fact made without evidence. Since some of the counts in the Indictment alleged a criminal organization, the accused argued the term the judge had used raised a reasonable apprehension of bias.

[49] In his decision, the judge explained that the context in which his impugned words were stated was important. In the course of rendering a decision denying the motion known as the “roadmap motion” in which either a stay of proceedings, a mistrial or recusal was sought, the judge was providing background information when he stated as follows:

[REDACTED] is alleged to have operated generally in the area of the Village of Salisbury, New Brunswick, with the offences having been committed between February 1 and December 10, 2008.

[50] The judge ruled that a reasonable informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would not apprehend any bias. That reasonable person would read that paragraph of the judge’s roadmap decision in context, and note that it was immediately preceded by two paragraphs in which the judge refers to the charges that speak of “an alleged criminal organization, [REDACTED]”. Taken contextually, the reasonable person would easily conclude the judge was making reference to the allegations made against the accused, and not making a determination of fact. It is somewhat surprising the accused and their counsel did not reach the same conclusion.

(k) *Motion for stay: disclosure of Pond interview*

[51] The accused sought a stay of proceedings alleging the prosecution had failed to provide forthright responses to a disclosure request regarding the interview of a witness. The motion was eventually withdrawn.

(l) *Motion for histories of intercepts and motion to dismiss*

[52] On October 19, 2010, the accused asked the court to order disclosure of histories relating to the [REDACTED] intercepted communications that had been blocked because they were believed to contain privileged communication. The prosecution countered with a motion to dismiss the motion, which was granted.

(m) *Garofoli/Wilson motion – leave to cross-examine*

[53] On October 7, 2010, on behalf of all defence counsel, counsel for Christopher Tingley advised the judge there would be no challenge to the Authorizations in the form of what is known as a *Garofoli* motion: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, [1990] S.C.J. No. 115 (QL). He also advised there would be no request to cross-examine the affiants.

[54] When the Court next reconvened on October 19, Christopher Tingley had changed counsel. On October 25, his new counsel advised the judge that, although a *Garofoli* motion had been waived, he considered it did not “preclude an argument with respect to a *Parsons* application, a *Wilson* application, [or] a *Vanweenan* application, all relating to the – the validity of the authorization on its face or the sub-facial value of the affidavit or the substantive value of the affidavit”, evidently referring to *Regina v. Parsons et al.*, [1977] O.J. No. 2425 (QL), aff'd [1980] 1 S.C.R. 785, [1980] S.C.J. No. 22 (QL) (sub nom. *Charette v. R.*), *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594, [1983] S.C.J. No. 88 (QL), and *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148, [1988] S.C.J. No. 70 (QL).

[55] I pause here to note that in *Garofoli*, the majority reasons of the Supreme Court explained the significance of these cases in the following terms:

First there is a "*Parsons* voir dire," named after *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 785, sub nom. *Charette v. The Queen*. The function of this hearing before the trial judge is to determine such issues as whether the authorization is valid

on its face, whether the police executed the interception within the terms of the authorization, and whether statutory requirements such as reasonable notice were complied with. The remedy is exclusion under s. 178.16. The second is the "*Wilson* application". This hearing takes place before the issuing court, to determine the substantive or subfacial validity of the affidavit. The remedy is the setting aside of the authorization. The third is a "*Garofoli* hearing". This is a hearing before the trial judge to determine the compliance of the authorization with s. 8 of the *Charter*. The remedy is a determination under s. 24(2) of the *Charter*. The fourth, and last, procedure is a "*Vanweenan* hearing", so-called after one of the appellants in *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148. This again is a *voir dire* before the trial judge, but with the object of determining whether the authorization names all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c). The remedy again is exclusion under s. 178.16. [para. 38]

[56] On November 20, 2010, the accused filed a motion thereafter referred to as a *Garofoli/Wilson* motion. The Notice of Motion alleged there were insufficient grounds to justify the issuance of the Authorization for the interception of private communications. According to the accused, the affidavit filed in support of the application for the Authorization contained "misleading statements, thereby demonstrating a reckless disregard for the truth". Defence counsel therefore submitted the Authorization was invalid, and that any evidence derived from the execution of the Authorization was illegally obtained and violated ss. 7 and 8 of the *Charter*. The remedy sought was the exclusion of any evidence obtained from the Authorization. Defence counsel also sought leave to cross-examine not only the affiant but also Crown counsel Michel Bertrand, who had been the agent of the Attorney General for the purposes of ss. 185 and 186 of the *Criminal Code* at the time the Authorization was obtained.

[57] On January 12, 2011, defence counsel argued their motion should be heard not by the trial judge, but by the judge who had issued the Authorization, Chief Justice Smith. The following day, the trial judge ruled that he should be the one to hear the motion.

[58] Defence counsel also sought leave to cross-examine a number of other people in support of their motion. Crown counsel asked the judge to rule on whether or not defence counsel would be given leave to cross-examine Mr. Bertrand. At this point, defence counsel advised the judge of their intention to file a broader motion seeking the removal of Mr. Bertrand as Crown counsel. As he had many times before, the judge instructed defence counsel to file motions in writing, setting out the relief sought, the grounds for this relief, and the evidentiary foundation that could justify it. The request to cross-examine was adjourned pending the filing of the motion to disqualify Mr. Bertrand.

(n) *First motion to disqualify prosecutor Bertrand and preliminary motion to dismiss*

[59] By January 17, two additional motions and an Amended Notice of Motion had been filed. One of the motions and the amended Notice of Motion dealt with the disqualification of Mr. Bertrand, while the other sought additional disclosure. Crown counsel pointed to a number of defects in the disqualification motion. Moreover, Crown counsel filed a motion to dismiss the disqualification motion on the grounds it did not fulfil the requirements the trial judge had imposed. This preliminary motion to dismiss was heard over two days at the end of which the judge granted the motion, ruling that “the accused have decided not to comply with [the] most basic and fundamental directions”. The judge was blunt:

With respect to the request for an order that the defendants’ motion be struck, I note that from the outset of my involvement in this matter, and repeatedly on several occasions since then, most recently on Monday of this week, I have instructed counsel in the presence of the accused that any pretrial motions for relief, *Charter* or otherwise, would require filed written notices of motion brought in a timely manner and setting out clearly and concisely,

(a) the specific nature of the relief being sought;

(b) the legal grounds upon which the relief is sought; and

- (c) the evidentiary foundation they will be relying upon or intend to establish in support of the motion.

Defence counsel appear to be unwilling or unable to accept or follow those directions despite warnings that motions that do not comply may not be heard or entertained by the Court. Again, that was brought to their attention once again this past Monday. At that time, Crown offered to the defence an opportunity to file those particulars or provide those particulars, and as I took the exchange during that session, counsel for the defence confirmed that they would not comply with Crown counsel's request that they amend their motion or that they provide particulars of the grounds upon which they have based their request for the relief they are seeking as well as the evidentiary foundation upon which they base their claim. Crown counsel then advised that it was seeking an order to strike the defence motion and would file a preliminary motion in that regard.

[60] Although he granted the Crown's preliminary motion and dismissed the accused's motion to disqualify Mr. Bertrand, the judge did so without prejudice to the defence's right to file a new motion. He indicated that, but for the Crown inviting him to decide in such a manner, he was "not certain that [the without prejudice] condition would have been included in [his] decision". He concluded by repeating that "if [defence] counsel wish to deliberately disregard the directions of the Court for whatever reason, they risk doing so at their clients' peril".

(o) *Second disclosure motion*

[61] Pending the *Garofoli/Wilson* hearing, the accused sought further disclosure, which they claimed might establish certain omissions in the affidavit upon which the Authorization to intercept private communications was based. Some of the requested disclosure was answered, but some was contested. In the affidavit in support of the Authorization, the affiant asserts having retrieved all investigative files in the RCMP database systems associated with [REDACTED] targets. These were provided to the accused. However, the accused now requested information and documents, if any exist, relating to

all other ■ “Known Persons” identified in the Authorization, except ■ who had been vetted. The judge ruled the accused had not established either the existence, or any semblance of potential relevance, of the information sought.

[62] The accused also sought all notes of a particular officer with respect to his investigation of the “Tingleys”, which they meant to include all “Principal Named Persons” and all “Known Persons” identified in the Authorization to intercept, except those whose names had been redacted. The officer in question ■ and was consulted by the affiant as an expert in criminal organizations. The judge determined that the officer’s notes relating to all Principal Named Persons were relevant, and ordered their disclosure, but he held those relating to the other Known Persons were not relevant.

[63] In addition, the accused sought disclosure of “all warrants, and related ITOs, ■ against all targets of the Authorization to intercept (except for those vetted) as well as all relevant documents relating to the fruits of such search warrants, including *inter alia*, all the reports to a judge”. The judge denied the accused this relief on the grounds that there was no evidence to establish the existence or relevance of the requested materials. However, the judge did order the prosecution to make reasonable efforts to locate warrants, and the applications and affidavits filed in support of these, ■.

(p) *Second motion to disqualify prosecutor Bertrand – preliminary motion to dismiss*

[64] Defence counsel’s first motion to disqualify prosecutor Bertrand having been dismissed without prejudice on February 14, 2011, they then filed a second motion seeking the same relief. Alternatively, they sought to have prosecutor Bertrand excluded as Crown counsel for all attacks regarding the Authorization, with a final decision as to whether he could participate at trial to be made once the *Garofoli/Wilson* motion was

heard. In sum, their grounds were that Mr. Bertrand had a conflict of interest because he had played what they alleged was a “lengthy and far-reaching” role during the police investigation. According to the accused, this impacted on his “ability to objectively evaluate his responsibility to the public as a Prosecutor”. They claimed that, if Mr. Bertrand were to continue as Crown counsel, this would constitute an abuse of process and affect trial fairness, in violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[65] As they had with respect to the first motion to disqualify prosecutor Bertrand, Crown counsel responded with a motion to strike out the defence motion, or alternatively, portions of the affidavit filed in support. In reply, the accused filed its own motion to strike the Crown’s motion to strike. (The absurdity of all this is surely not lost on the reader.) On March 1, 2011, the trial judge dismissed the Crown’s motion to strike, ruling however that striking out certain portions of the affidavit filed in support of the disqualifying motion would be considered at the hearing of the defence motion on its merits. Eventually, the judge would strike out a few portions of the affidavit.

[66] When the proceedings resumed, on March 21, 2011, to hear the defence motion to disqualify Mr. Bertrand, defence counsel obtained an adjournment in order to enable them to file another motion for a stay of proceedings. The proceedings were adjourned to the next day.

(q) *Third defence motion for a stay of proceedings*

[67] On March 22, 2011, the accused filed yet another motion for a stay of proceedings on the grounds “[t]he Crown interfered with a [defence] witness, Gilles Lemieux [who had been counsel for Christopher Tingley before his retainer was terminated], and attempted to obtain the evidence of this witness under oath outside the proper forum, *i.e.* the open process in a criminal trial”. Ironically, defence counsel must have done the same thing when they obtained an affidavit from Mr. Lemieux in support of their motion to disqualify Mr. Bertrand. Nevertheless, the accused now argued that

Crown counsel's actions in asking Mr. Lemieux to attend an interview, which they wanted to record under oath, constituted an abuse of process.

(r) *Second motion to disqualify prosecutor Bertrand*

[68] Before proceeding with the motion to disqualify prosecutor Bertrand, the question of Mr. Lemieux's affidavit was addressed, and portions were struck out. Crown counsel wanted to first address the question of whether the evidence adduced by the defence "constitute[s] sufficient evidence for the Court to embark upon the [inquiry]". At this point the following exchange takes place:

THE COURT: You're talking about the threshold – the threshold issue?

MR BOURGEOIS: That's right.

THE COURT: That's been decided. That was decided the last time around. I'm not revisiting that.

MR BOURGEOIS: Okay, so if I can make directive clear, the - the Court has made a ruling that based on the evidence that is presently before the Court -

THE COURT: Mr. Bourgeois.

MR BOURGEOIS: - that the threshold requirement is – is met?

THE COURT: You made a Motion to strike.

MR BOURGEOIS: Yes.

THE COURT: We granted you ample time to present that Motion.

MR BOURGEOIS: Yes.

THE COURT: It was dismissed.

MR BOURGEOIS: Yes, I understand that.

THE COURT: I'm not revisiting the issue again. You can take it for what you wish, but that's my ruling and I'm not saying anymore about it.

MR BOURGEOIS: Well just – just for the purpose of understanding, and it's really for the purpose of understanding.

THE COURT: The threshold issue has been dealt with.

MR BOURGEOIS: And it has been met.

THE COURT: Your Motion to dismiss was struck, was dismissed.

MR BOURGEOIS: Yes, I understand that.

THE COURT: Very well. That's where you brought that first time, was it not?

MR BOURGEOIS: That was one issue that I'm not sure of.

THE COURT: Well I dealt with it and that's what I dealt with, so I'm not giving you explanations of rulings at this stage. They're very clear. It was very evident that that Motion to dismiss was in – in itself dismissed, so please move on to something else.

[69] The hearing proceeded with much discussion as to the examination and cross-examination of witnesses. In the end, it was determined that Mr. Lemieux would be cross-examined on his affidavit and that several police officers would be made available to be examined by defence counsel. Defence counsel's earlier request to cross-examine Mr. Bertrand was withdrawn. The cross-examinations took place.

[70] The last police officer to be examined was Sergeant Mark Janes, the primary investigator. He was extensively cross-examined over several days. The cross-examination by one of the defence counsel revealed [REDACTED] [REDACTED] the disclosure material that had been provided to his lawyer was also provided to the [REDACTED]. This drew arguments of illegality because that information contained interceptions of private communications involving not only that accused but one or more of the others as well. The relevance of this line of questioning on the issues to be determined in the disqualification motion was raised as a Crown objection and drew arguments over the better part of two days. In the end, the judge ruled as follows:

I also reviewed the audio recording of the proceedings and I believe counsel has as well except for Mr. Bourgeois [one of the Crown counsel who argued the Bertrand disqualification motion]. It seems pretty clear from the submissions of Mrs. Beaulieu [then counsel for the accused who was assessed] and Mr. Bertrand at that time, that Mrs. Beaulieu was fully aware that the [C]rown intended to forward that information to [REDACTED] including the intercepted communications. It is also quite clear that Mrs. Beaulieu had no objection to that proposal. The only concern she raised was that she be provided with copies of exactly what the [C]rown was forwarding to

██████████. As I recall she indicated that they are comfortable with that. In the present motion it is quite clear to me that Sergeant Janes was either not apprised of this information and the exchanges that obviously took place between [C]rown and Mrs. Beaulieu or that he cannot recall them now. In my view it would be patently unfair to Sergeant Janes to allow Mr. Sleeth to continue with his proposed line of questioning without fully apprising Sergeant Janes of all of the background of the communications between the [C]rown and Mrs. Beaulieu both leading up to and during the hearing of March 24, 2009, concerning the disclosure of the hard drive ██████████ ██████████ and any other documents related to that. I am not satisfied that – with the information Mr. Sleeth now has available to him on this issue that he can maintain a good faith basis for insisting upon continuing with this line of questioning without apprising Sergeant Janes of this collateral information. Unless the witness is presented with a full background relating to the disclosure of the hard drive to ██████████ Mr. Sleeth is not to pursue this line of questioning.

[71] For days, Sergeant Janes was cross-examined in relation to what should have been the relatively straight-forward issue of Mr. Bertrand's involvement during the investigation phase of the operation. The cross-examination often strayed far beyond the objectives of the hearing. On the sixth day, Crown counsel raised an issue of privilege with respect to a particular line of questioning that was being pursued. This led to another prosecution application under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, which in turn brought on a few days of bickering over procedural matters. Eventually, the Court agreed to enter into the proposed s. 37 hearing and decided *amicus curiae* would be appointed to assist the Court. The *amicus* would have the power to cross-examine prosecution witnesses, present evidence, raise points of law and make submissions regarding the issues raised in the proceeding. Over three days, input was provided over the role and mandate of the *amicus*, the logistics of his remuneration, as well as the scheduling of the s. 37 proceeding.

[72] The s. 37 hearing resulted in orders from the trial judge allowing the disclosure of certain materials, although portions were withheld due to privilege. As a

result of the judge's ruling, the prosecution also made some other "consequential" disclosure to defence counsel. This led to a barrage of complaints and arguments over several days about trial unfairness, disclosure obligations, and police and prosecutorial misconduct. Defence counsel informed the court of their intention to file another motion for a stay of proceedings.

[73] The cross-examination of Sergeant Janes, which had been suspended on April 11, 2011, resumed on August 29, 2011, despite defence objections that it be further delayed. At one point, as he was being cross-examined, the following exchange took place:

Q: You had agreed the last time you were testifying that he was an agent, correct?

A: My Lord, that's true, but that was a mistake. I – after having testified to that I left here, I went straight to the office, I checked policy, and after having verified policy and exactly what is the definition of an agent, I realize that I had made a mistake on the stand. I in fact called Staff Sergeant Power to advise him: "Listen, I don't know how we're going to deal with this, but I – I said that Ron Jackson was – was an agent, and I know that he's not an agent." I was confused with the immunity agreement and I made a mistake with one part of the definition of what an agent is, according to RCMP policy. And in fact I apologize to the Court, My Lord, I – that wasn't – was definitely not intentional. There was nothing for the Crown to gain – or the police to gain by saying that he was an agent, and I just – I had made a mistake and I – I apologize.

[74] Of course, the witness had been cautioned not to discuss his testimony outside the courtroom once cross-examination had begun. His candid spontaneous disclosure of having discussed his testimony resulted in further defence allegations of misconduct. The circus of defence hyperbole reached a crescendo when one of the lawyers, referring to the testimony he had just heard, stated "I find myself at the point where for the first time in almost three decades of appearing in the courts of being on the verge of being violently ill".

[75] The following day, August 31, 2011, the accused brought a motion to have Sergeant Janes held in contempt and the proceedings declared abusive. After entertaining several hours of argument, the trial judge ruled the cross-examination should continue. He was not prepared to further adjourn the hearing of the Bertrand disqualification motion that had begun in March. Cross-examination of Sergeant Janes resumed on August 31, but was interrupted again when defence counsel asked to be provided with a copy of his notes from April 2011. This resulted in more arguments over the vetting of the notes. The arguments continued into the following day.

[76] When the proceedings resumed on September 7, Crown counsel asked for permission to speak to Staff Sergeant Power, who had been excluded from the proceeding. Defence counsel objected. The judge denied the request. Sergeant Janes returned to the witness stand for the continuation of his cross-examination. Almost immediately, Crown counsel objected to any disclosure of the communication that had taken place between Sergeant Janes and Staff Sergeant Power over the perceived error Sergeant Janes had made while testifying in April. The prosecutor asked the Court to conduct yet another hearing pursuant to s. 37 of the *Canada Evidence Act*. This led to another day and a half of procedural wrangling, and another defence request for a stay of proceedings. The judge refused to stay the proceedings, and ruled he would proceed with another s. 37 hearing; this time without the assistance of *amicus*. This led to more arguments. Defence counsel even objected to the suggestion the two witnesses the prosecution intended to call at the s. 37 inquiry being informed of the nature of the hearing. Once the s. 37 hearing was completed, and a vetted transcript provided to defence counsel, several more days of arguments ensued culminating in the judge generally overruling the claim of privilege and ordering the disclosure of certain portions of the vetted transcript.

[77] The prosecution had made a request to limit further cross-examination of Sergeant Janes, but withdrew that request. It asked for more time to consider its position. When the matter resumed, Crown counsel reversed their position and once again asked that the cross-examination be limited. It was argued the proceedings were far afield from

legitimate inquiries into relevant matters and were impeding on the rights of the public to have a timely resolution of the matter on its merits. In particular, Crown counsel argued what follows:

Unless the Court has an offer of proof of flagrant impropriety and that threshold – that’s – that was established in most recently in *Nixon* in the Supreme Court of Canada but also in the *Tower* decision. The *Nixon* decision is [published at] [2011] [S.C.J.] No. 34. And, I can give the Court the citation for *Tower* but I just don’t have it in front of me but I certainly can get it. Unless there is an offer of proof of – threshold of flagrant impropriety – it is problematic for the Court to enter into (inaudible) into matters that are strictly within the exclusive jurisdiction of the Attorney General. Exclusive jurisdiction being – one of those elements is decision in terms of who the Attorney General will appoint to prosecute a case. If the – if the Court embarks on this inquiry and or continues to – to hear the inquiry it’s falling over into an area where the Court becomes, in effect, supervisor to the Crown. This is the problem that the Crown is very concerned about. Now, it is the Crown’s position that the Court can – can regain its jurisdiction by stopping the inquiry or ending the inquiry and returning to the – the – I guess the proper function of assessing the prosecution against the accused on its merits.

[78] Later, Crown counsel added:

But that jurisdictional issue is – while it’s of tremendous concern to – to the Crown, what we are indicating is that provided we know that this matter is going to come to a very quick close, the jurisdictional matter can be – the jurisdiction can be regained once the matter is quickly brought to a close and we revert back to determination of the – the actual merits of charges against the accused.

[79] To this, the judge replied:

THE COURT: That argument was raised originally by Mr. Bourgeois at the very outset of the hearing of the motion, was it not? As I recall – I haven’t had an opportunity to go back through my – my rulings on that but it seems to me that that was an issue raised and I suspect I determined at

the time that there was sufficient evidence to proceed into the motion. That's where we ended up.

[80] On October 26, 2011, Crown counsel requested an opportunity to make their point on the jurisdictional question by a formal motion with supporting documents. As with virtually every prosecution request, defence counsel vehemently objected. However, the court acquiesced.

(s) *Defence Omnibus motion*

[81] On November 2, 2011, defence counsel filed a Notice of Motion that was referred to in argument as the "*Omnibus motion*". No date was ever assigned for the hearing of this motion, so it remained in the category of those yet to be heard. In their Notice of Motion, defence counsel sought the suspension and adjournment of the Bertrand disqualification motion, and the hearing of their *Omnibus* motion prior to the hearing of any other proceeding. They further requested a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* and the lifting of all publication bans. They also sought an early hearing of a contempt application they had made against Sergeant Janes.

[82] With respect to the claim for a stay of proceedings, the accused alleged "the Crown and police conduct is of such a nature in this case as to give rise to the remedies associated with every category of abuse of process". They base this allegation on their claim of "missing, late and/or hidden disclosure of evidence by the police and Crown, as well as on the quality of some of the material disclosed evidence".

(t) *Prosecution motion for recusal*

[83] The defence *Omnibus* motion was pre-empted by a motion the prosecution had filed on October 27, 2011. On November 2, Crown counsel filed an Amended Notice of Motion. The salient difference, between the original Notice and the Amended one, was with respect to the relief sought. In the original Notice, the prosecution was seeking a new trial or, in the alternative, a judicial stay. In the amended version, it sought the

recusal of the judge, not on the grounds he had done or said anything that demonstrated bias in favour of the defence but rather, on the grounds that, by entering into and continuing an inquiry into the Bertrand disqualification issue, he had improperly put the court in a supervisory position over the Crown. On November 8, as a result of comments made to the judge the previous day, the prosecution filed a third version of the Notice of Motion, adding a paragraph under the rubric “Evidence Supporting the Orders Requested”. In the new paragraph, the prosecution retreated from its earlier position, which had stated the prosecution was not arguing the judge was biased in favour of the defence.

[84] One of the defence counsel summarized this portion of the proceedings as follows:

[...] this is the fifth amendment. Ms. Gregory says there's been three motions. There's been three titled notices of motions but there's been five documents that they've presented. One in particular was the October 26th notice of motion that they filed and in that particular document they actually recognize essentially what Mr. Sleeth was saying. They were looking for two remedies, two orders. The first one was a new trial because of the concerns they had about the jurisdictional error that had been committed by this Court. And then they recognized that if that was dismissed, they had no alternative but to request you enter a judicial stay because of the dilemma that presents. And that's just one — that's just one sort of example of a particular sort of remedy they are tinkering with and they come back to a completely different view four days later when we get an email. Now they didn't file this with the Court and — and basically in that particular email they indicated there was going to be a revised motion and they were going to amend the word “new trial” that had been in the previous motion to “mistrial”. And the second remedy they were seeking was the exclusion of the section 37 hearings. So on October the 31st, they in their sort of their morphing and ebb and flow here, and the movement of this sort of exercise, said they were going to request an exclusion of the section 37 hearing records but then right on the heels of that, on November the 2nd, they come in and they indicate that they

want [...] the inclusion of the Court record hearings under section 37.

[85] After engaging in several days of argument over whether the Record on Motion should include anything relating to the s. 37 proceeding, other than the very fact the Court actually held such a hearing, the trial judge ruled as follows:

[...] the *ex parte* portions of the section 37 *Canada Evidence Act* hearings which have not been disclosed to the accused and for which they were excluded from the proceedings, will not be included in the record in the Crown's motion requesting my recusal from these proceedings, which was made on the basis of an apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality in relation to the Crown.

[86] The hearing of the prosecution's motion began on November 28, 2011. It was preceded by a defence request for more time to prepare, which was denied. The hearing continued on November 29 and 30, and a decision was delivered on December 9, 2011. The principal order sought in the prosecution's motion was stated to have been as follows:

In accordance with the *Constitution Act*, 1867/1982, and the common law, the trial judge is recused from hearing any further proceedings in this matter due to an apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality in relation to the Crown.

[87] Alternatively, the prosecution requested that, in the event recusal was to be denied, the judge issue an order limiting the further cross-examination of Sergeant Mark Janes and order a prohibition on the recall of any witnesses, or the calling of further witnesses, in relation to the abuse of process motion seeking the removal of the prosecutor.

[88] The principal grounds upon which relief was sought were: (1) "an apprehension of bias, actual bias and/or a loss of impartiality arises from the Court's entry into and the continuation of an inquiry into prosecutorial discretion without

admissible or other evidence of apparent wrongdoing in the nature of ‘flagrant impropriety’ on the part of the Crown”; and (2) “the entry and continuation of the inquiry into Crown and RCMP actions without evidence such as ‘flagrant impropriety’ places the Court in a supervisory role over the Crown and results in a loss of impartiality”. Other grounds, which the trial judge considered secondary, were that by entering into, and further continuing the inquiry, the Court “substantially risks a public interest privilege”, breaches a societal interest in having criminal charges tried on their merits within a reasonable time, and violates “the Crown’s right to a fair trial, being an adjunct principle incorporated within section 11(d) of the [Charter]”.

[89] The trial judge denied both the primary and secondary relief sought. After reviewing the grounds in support of the motion, the judge outlined the procedure leading to the prosecution’s recusal motion. The following is noteworthy:

1. The prosecution’s recusal motion comes approximately seven months after the commencement of the hearing into the Bertrand disqualification motion;
2. Mr. Bertrand’s disqualification was sought sometime after defence were made aware, in late 2010, that Mr. Bertrand would be replacing a member of the prosecution team who had accepted a new position elsewhere and that he would be taking on a significant role in the hearing of the pending *Garofoli/Wilson* application;
3. The allegations against Mr. Bertrand are essentially that his diverse roles in the case, first as Crown advisory counsel during the investigation and application for a wiretap Authorization, then as Crown disclosure counsel who was consulted on virtually every item of disclosure, made him a party to the investigation, resulting in a loss of the objectivity one expects of a prosecutor, and that his continued participation in the trial and pre-trial proceedings would constitute an abuse of process;
4. The accused have indicated their intention to seek leave to call Mr. Bertrand as a witness on the *Garofoli/Wilson* application;

5. By the time the prosecution's recusal motion was filed, the testimony of seven witnesses had been completed, the cross-examination of an eighth witness was underway, and the judge had entertained two applications under s. 37 of the *Canada Evidence Act*;
6. When the first Bertrand disqualification motion was dismissed on the grounds defence counsel had both failed and refused to identify the grounds and evidentiary basis upon which they were relying in seeking Mr. Bertrand's disqualification, it was dismissed without prejudice to file a new motion "at the suggestion and request of the Crown";
7. After the second Bertrand disqualification motion was filed, another Crown request to strike was made, but this time the judge ruled that "the evidentiary threshold had been satisfied";
8. In the course of Sergeant Janes' cross-examination, he revealed for the first time the existence of a statement that had not previously been disclosed to the accused;
9. This revelation led to a hearing under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, following which the judge ruled that the vast majority of the statement could be disclosed since the public interest privilege asserted could not be sustained with respect to the majority of the statement;
10. When Sergeant Janes' cross-examination resumed, he disclosed he had discussed his testimony with a superior officer notwithstanding a court directive that he not discuss it with anyone while he was under cross-examination;
11. This revelation led to another hearing under s. 37 of the *Canada Evidence Act*;
12. Before submissions were made on the issue of vetting the evidence heard during that *ex parte* proceeding, Crown counsel requested a direction that any question posed to Sergeant Janes in cross-examination relating to either of two named individuals be followed by a brief pause to allow the Crown to assess the impact the question might have on the claimed public interest privilege and to allow for any resulting objection;

13. After the trial judge ruled with respect to the vetting of the transcript of the latest s. 37 hearing, Crown counsel, having advised it would not be appealing the decision, withdrew the request for a direction relating to the cross-examination of Sergeant Janes;
14. Crown counsel also advised it was no longer maintaining the claim of public interest privilege, as a result of which the s. 37 objection was dismissed;
15. When the proceedings next resumed, Crown counsel advised the prosecution was reversing its position, and would seek limits on the cross-examination of Sergeant Janes;
16. The request, later presented in writing, was broader than what had earlier been pursued, as it sought to limit the further cross-examination of Sergeant Janes and to prohibit the recall of any witnesses, or calling of further witnesses, within the Bertrand disqualification motion;
17. Later, the prosecution filed their “request” in the form of a formal motion, but the relief sought was significantly altered, in that the Crown now was asking for an order directing a new trial “as a result of an error of constitutional law by the Court” and, in the alternative, a judicial stay of the matter. The “request” no longer sought any limitations on the questioning of Sergeant Janes, or regarding the conduct of the Bertrand disqualification motion;
18. Before the motion was heard, the prosecution filed an Amended Notice of Motion in which it dropped its request for a new trial and instead sought the judge’s recusal or, alternatively, limits on the cross-examination of Sergeant Janes and directions for the conduct of the balance of the Bertrand disqualification motion;
19. Crown counsel later filed a revised Amended Notice of Motion in which it outlined the evidence it wanted to include in the record relating to the request for the judge’s recusal.

[90] The trial judge continued with an explanation of why he had determined he would not include, in the record on the recusal motion, those portions of the s. 37 hearings that had not been disclosed to the accused. He explained that Crown counsel was asserting that any apprehension of bias, actual bias, or loss of impartiality “was not grounded on any specific statement, conduct or action of the Court during the *ex parte* proceedings” but rather on the fact that the Court had “embarked upon a review of Crown conduct by entering into the hearing of the [Bertrand disqualification motion]”. Thus, in the judge’s view, “the record of what occurred in the *ex parte* Sec. 37 CEA hearings would be irrelevant, and if not completely irrelevant of very limited probative value”, which would be outweighed by the disadvantaged position of the accused in having to respond to a very serious motion not knowing the extent of the evidence.

[91] Next, the judge addressed what had been raised as “the threshold issue”. He explained why he had declined to hear the first Bertrand disqualification motion, stating he had insisted from the outset that any motion for pre-trial or *Charter* relief would have to be in writing and meet certain specifications. The first Bertrand disqualification motion did not meet the requirements, therefore it did not meet the “threshold test for the court to determine whether” the motion would proceed.

[92] As for this “threshold” issue in the second Bertrand disqualification motion, the judge explained the documents filed satisfied the requirements he had imposed on the parties for bringing a motion for pre-trial or *Charter* relief, which is why he ruled the motion would be heard. The judge viewed the prosecution’s recusal motion as “effectively a request for [him] to revisit [his] earlier decision on the threshold issue”.

[93] The judge observed he had decided the “threshold” issue in the second Bertrand disqualification motion without giving reasons and had intended to give them later. He explained in summary why he had allowed the second Bertrand disqualification motion to proceed, stating it was because he “was satisfied that although the evidence and the record were certainly not determinative of the accused’s assertions [...] there was

sufficient evidence, and the circumstances were such, that in [his] view the hearing [...] should proceed and that the accused not be prevented from pursuing it”.

[94] The trial judge then reviewed the prosecution’s position on the “threshold issue”, noting its reliance on cases such as *Nixon, R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, [1994] S.C.J. No. 29 (QL), and *R. v. Curragh*, [1997] 1 S.C.R. 537, [1997] S.C.J. No. 33 (QL). Referencing *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, he went on to acknowledge the principle of the Attorney General’s independence, free from interference by the courts, absent “flagrant impropriety”. He goes on to review what falls into the “core” prosecutorial discretion of the Attorney General and acknowledges the prosecution’s argument that the appointment of a particular person to prosecute a case falls into that category. In his view, “a potential order for the removal of a particular Crown prosecutor from, or limiting his/her involvement in a prosecution does not inhibit or interfere with the Attorney General’s ‘core’ prosecutorial discretion”.

[95] The trial judge then reviewed the Supreme Court’s pronouncements in *Nixon*, a decision released following the decision to hear the Bertrand disqualification motion. The judge acknowledged the significance of certain statements made in *Nixon*, but did not consider these would impact on his view that a decision to hear “a motion to remove or limit a particular prosecutor’s role in a trial rises to the level of interference with, supervision or of review of a ‘core’ prosecutorial discretion”. In any event, he concluded that, even if he had erred in his determination of the threshold issue, it could not be categorized as an error that resulted in a loss of jurisdiction but rather an error of law subject to review on appeal.

[96] The judge then addressed an argument Crown counsel had made at the hearing of the recusal motion. This argument had not been raised as a ground in any of the versions of the prosecution’s Notice of Motion. It related to the fact the judge had not provided reasons for his decision on the “threshold” issue. The judge emphasized he had insisted “throughout this proceeding that all pre-trial motions brought include the particulars of the relief sought, the grounds relied upon to support the claim for relief as

well as the evidentiary basis to be relied upon”. He noted Crown counsel had confirmed they were not “relying on any particular words, actions or conduct” of the judge in asking him to recuse himself from the matter. Moreover, the judge noted “that Crown counsel could point to no jurisprudence to support the contention that a trial court is obliged to provide reasons upon deciding a preliminary motion on a threshold issue relating to a motion for *Charter* relief in a criminal matter, prior to the actual hearing of the *Charter* motion being completed”. The judge found no merit to this argument. It had no bearing on the question of whether he had exceeded his jurisdiction and intruded into the prohibited area of supervising prosecutorial discretion.

[97] Not only did the trial judge dismiss the request for his recusal from the case, but he also denied the prosecution an order to limit cross-examination. He noted that this latter request related not only to the Bertrand disqualification motion but also to any further motions in the proceedings. He pointed out no oral argument was made on the point, although submissions were contained in the Brief on Law Crown counsel had filed. In the end, the judge could find no legal basis for limiting cross-examination in the Bertrand disqualification motion or future motions.

(3) Acquittals

[98] On December 15, 2011, the proceedings resumed. At this point, Counsel for the Attorney General informed the trial judge as follows: “[in] light of the December 9th, 2011 decision denying the Crown’s request for recusal and denying the alternative request for advance limitation on the cross-examination of witnesses [...] the Crown advises that the prosecution in this matter is no longer viable”. The prosecutor continued by stating: “the Crown will not be offering any evidence at trial”. This led to defence motions for directed verdicts and to requests to lift the previously issued publication bans and have the items seized from the accused returned to them. In the circumstances, the trial judge granted the motions for directed verdicts and acquitted all accused. The judge lifted all publication bans imposed pursuant to s. 648(1) of the *Criminal Code* except those relating to either privileged information or proceedings that were determined to be

privileged since these had been held pursuant to s. 37 of the *Canada Evidence Act*. Furthermore, the judge lifted all bail conditions and directed that, if the parties were unable to agree regarding the return of items seized, they could apply to the court for further directions.

[99] On that same date, an Interim Order reinstating the publication bans was issued at the Court of Appeal, directing, however, that the matter be reviewed on December 29, 2011. The review hearing was later adjourned to January 23, 2012, on which date the order was extended pending the determination of the appeal.

III. Issues on appeal

[100] The grounds of appeal enumerated in the original Notice of Appeal and repeated in a Supplementary Notice of Appeal read as follows:

- 1) The trial judge erred in law by failing to protect a recognized public interest privilege by refusing to limit cross examination on certain specified subjects known by the court to be privileged information;
- 2) The trial judge erred in law by entering into and continuing an inquiry reviewing the assignment of Crown counsel essential to or consisting of core prosecutorial discretion. This was done by the trial judge without grounds thereby exceeding the constitutional jurisdiction of the judiciary contrary to the *Constitution Act, 1982* and the rule of law. This resulted in a reasonable apprehension of judicial bias and/or actual bias on the part of the trial judge. The trial judge consequently erred in law by failing to recuse himself as requested by the appellant;
- 3) The trial judge erred in law by failing to recognize the societal interest in having charges tried on their merits within a reasonable period of time, an adjunct to the principle to the right of an accused person to trial within a reasonable time pursuant to section 11 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

[101] However, when the Attorney General filed a written submission, the grounds were narrowed to relate solely to what the Attorney General called the “extra-judicial review” of Crown prosecutors. The broader questions that arose from the original grounds of appeal were no longer pursued. Thus, the appeal focused exclusively on the following issues:

- 1) The trial judge presided over a judicial review of the appointment, assignment and actions of Crown prosecutors without the constitutional authority to do so. This compromised both the independence of the Attorney General and the Court. This extra-judicial exercise of power resulted from the trial judge’s failure to observe the prerequisite conditions that would bring such a judicial review within the scope of the jurisdiction of the court, namely meeting of the ‘evidentiary threshold’;
- 2) The trial judge failed to protect a privilege by refusing to impose proper limits on cross-examination during the extra-judicial review of Crown prosecutors;
- 3) The trial judge failed to manage the proceedings to prevent proliferation and prolixity during the extra-judicial review of Crown prosecutors. This denied the public interest in having the Attorney General prosecute charges in a fair trial, within reasonable time, on the merits of the case.

[102] On these grounds, the Attorney General sought to have the verdicts set aside and a new trial ordered. In the original Notice of Appeal, the Attorney General had requested that this Court direct that the new trial commence, with all the pre-existing judicial orders issued prior to January 1, 2011, left intact. In the Supplementary Notice of Appeal, the Attorney General abandoned this request.

IV. Analysis

A. *Preliminary matters*

[103] The Attorney General's arguments addressed certain preliminary issues. In my view, the third preliminary issue is determinative of this appeal.

(1) Jurisdiction of the appellate court

[104] The first preliminary issue relates to the jurisdiction of this Court to hear an appeal from a directed verdict of acquittal. Referring to *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, [1985] S.C.J. No. 53 (QL) the Attorney General argues:

Regardless of the label of the means by which the proceeding is brought to an end, if the judge 'effectively brings the proceedings to a final conclusion in favour of an accused then I am of the opinion, irrespective of the terminology used, it is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and therefore appealable by the Crown'.

[105] *Jewitt* was a case in which the proceedings were halted by a judicially imposed stay of proceedings. Section 605 of the *Criminal Code*, as it then read, generally only allowed a Crown appeal "against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone" (para. 28), and in certain other very limited circumstances. This caused the Supreme Court to hold that a stay of proceedings was tantamount to an acquittal such that the Crown could appeal the stay on a question of law alone. The *Criminal Code* has since been amended to reflect the Supreme Court's decision in *Jewitt*: s. 676(1).

[106] In any event, there is absolutely no question that the appeal in this case arises from the verdicts of acquittal, because it is those verdicts that brought the proceedings to an end. I agree with the Attorney General that it matters not that the verdicts were the result of directed verdicts. The respondents have not argued otherwise.

Thus, it is easy to quickly dispose of this preliminary issue. Simply stated, this Court does have the jurisdiction to dispose of this appeal on a question of law alone.

(2) Limit of appellate review

[107] The second preliminary question relates to the limits of appellate review. The Attorney General submits the decision not to call any evidence at trial is immune from review by this Court. I do not disagree with that proposition. Support for it is found in *Power*. In that case, evidence was excluded at trial, prompting the prosecution to call no further evidence, resulting in an acquittal. L'Heureux-Dubé J., for the majority of the Court, held that an appellate court is not entitled to consider whether the Crown has acted reasonably in calling no further evidence because to do so would “invade the exclusive domain of the Crown [...] interfere with prosecutorial discretion” and would be “contrary to the rule of law [and] also contrary to the interest in a good and efficient administration of justice” (para. 26). The power of an appellate court is limited to “the general power to control its process in case of abuse” (para. 27), a discretionary remedy that should only be exercised in the “clearest of cases” when it is found that “the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice” (para. 12). She explained there are sound public policy reasons not to allow judicial review of prosecutorial discretion absent abuse of process.

[108] Thus, while I agree with the Attorney General that the decision not to call any evidence at trial is immune from review, the law is clear that the effect of that decision is not so immune. *Power* stands for the proposition that while the appellate court cannot review the Crown’s discretionary decision not to call evidence, the court can nevertheless dismiss an appeal where it concludes the decision not to call evidence constitutes an abuse of process. An abuse of process will occur where the decision to immediately halt the proceedings and then appeal is unfair to the point of being contrary to the interests of justice. As explained in the next section, it is on this basis that I would dispose of this appeal.

(3) Interlocutory appeals

[109] The third preliminary issue is whether this appeal is, in effect, an attempt to circumvent the rule against interlocutory appeals. The Attorney General argues it is not for two reasons: (1) the Crown terminated the prosecution to protect a privilege; and (2) the rule against interlocutory appeals is not applicable because the judge's decision was not one that fell within his constitutional jurisdiction.

[110] With respect, I reach the opposite conclusion, and it is on the basis of this conclusion that I determine the appeal must fail.

[111] There is no need to cite authority for the proposition that appeals are creatures of statute. At common law, a right of appeal did not exist. It is a trite principle that, in criminal law matters, no proceedings other than those authorized by Part XXI and Part XXVI of the *Criminal Code* shall be taken by way of appeal in respect of indictable offences. The principle is embodied in s. 674 of the *Criminal Code*. Nowhere in those Parts is there provision for an appeal from an interlocutory order or decision, that is, an order made in the course of trial that does not bring an end to the proceedings. Except in cases of Extraordinary Remedies under Part XXVI, appeals by the Attorney General to a provincial appellate court are confined to those set out in s. 676 of the *Criminal Code*.

[112] The policy reasons behind prohibiting appeals from interlocutory decisions or orders are numerous. All this is explained in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, [1993] S.C.J. No. 45 (QL):

Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it

remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature.

There are various policy reasons for enacting a procedure that limits rights of appeal. Sometimes the opportunity for more opinions does not serve the ends of justice. A trial court, for example, is in a better position to assess the factual record. Thus most criminal appeals are restricted to questions of law or mixed questions of law and fact. A further policy rationale, and one that is important to the case before this Court, is that there should not be unnecessary delay in the final disposition of proceedings, particularly proceedings of a criminal character. This is especially applicable to interlocutory matters which can ultimately be decided at trial; see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. On this point, McLachlin J., speaking for the majority in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, noted that there was a valid policy concern to control the "plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them" (at p. 641). Such review should, in the Court's view, normally take place at trial. This McLachlin J. added, "will also permit a fuller view of the issue by the reviewing courts, which will have the benefit of a more complete picture of the evidence and the case" (at p. 641). Especially in the context of criminal procedure, there is value in not constantly interrupting the process, if the issues are all going to be heard eventually at trial in any event. As well, there is the simple value of a final decision to resolve a dispute without the costs, in time, effort and money, of further hearings. [paras. 15-16]

[113] Evidently, statutes can and sometimes do provide rights of appeal in criminal law matters against certain interlocutory rulings. An example of this is found in s. 37.1(1) of the *Canada Evidence Act*, which provides a right of appeal if a judge, pursuant to s. 37, either orders the disclosure of certain information or prohibits disclosure on the grounds of a specified public interest. This right of appeal was actually exercised in the present case. After disclosure of certain information was prohibited, the accused immediately appealed to this Court: *Tingley* (2011). This Court recognized s. 37.1 afforded a right of appeal, but held that where the appeal is against the prohibition of disclosure, absent exceptional circumstances, the proper procedure is to wait until the conclusion of the trial to hear the appeal. This could result in case the issue becomes

moot. Thus, the Court adjourned the hearing of the appeal. The situation would not have been the same, however, had the trial judge ordered disclosure of the alleged privileged information. In that eventuality, the Court would have had to hear the appeal in order to determine whether the privilege should be protected.

[114] While there can be no appeal against interlocutory orders unless specifically authorized by statute, this does not mean that the Attorney General is left without remedy. There are options. These were recently explained in *United States of America v. Fafalios*, 2012 ONCA 365, [2012] O.J. No. 2394 (QL):

[...] It has two options. It can continue with the proceeding and, depending on the result and the effect of the ruling on that result, launch an appeal in which the adverse ruling is challenged. Or it can do what the Crown did here; it can bring the proceedings to a halt and launch an appeal challenging the correctness of the interlocutory order.

However, this second option is strictly limited to cases where the Crown can clearly demonstrate that it had no reasonable alternative. If the record does not support such a finding, allowing the Crown to argue its appeal from the interlocutory order would amount to an abuse of process.
[paras. 42-43] [Emphasis added]

[115] The second option constitutes a functional appeal of an interlocutory order. Bringing the proceedings to a halt can be accomplished by a stay or, as the Crown did here, by calling no evidence: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, [1990] S.C.J. No. 132 (QL).

[116] In *Fafalios*, Epstein J.A. explains two circumstances that have been recognized as giving the prosecution no choice but to fold and appeal: “a) that the effect of the interlocutory ruling is to exclude evidence sufficiently important to the prosecution that the Crown is unable to continue; or b) that compliance with the interlocutory order raises a reasonable prospect of harm to an interest the court deems worthy of protection” (para. 44).

[117] *Power* was a case involving the former of the two recognized circumstances. The charges related to impaired driving causing death and bodily harm. The results of the breath tests had been excluded at trial because the judge had found a *Charter* violation and determined the admission of the results into evidence would bring the administration of justice into disrepute. Following the exclusion of the evidence, the prosecution opted not to call any further evidence and the accused was acquitted. When the prosecution appealed the acquittal, it was argued the Court of Appeal should not exercise its discretion to dismiss the appeal, even if it found the trial judge had erred in rejecting the evidence, because the conduct of the prosecution in folding as they had constituted an abuse of process. The majority of the Court of Appeal agreed. However, a majority of the Supreme Court of Canada held otherwise. Recognizing that “courts have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court’s process” (para. 6), L’Heureux-Dubé J. concluded this discretionary power should only be exercised in the “clearest of cases” (para. 11). This requires “overwhelming evidence that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice” (para. 12). In reaching its decision on this point, an appellate court is not allowed “to ‘second-guess’ the prosecutor’s motives when he or she makes a decision” (para. 12). A stay of proceedings is only justified where the following is established:

Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare. [para. 12] [Emphasis added]

[118] *Power* was a case that fell into the first category identified in *Fafalios*: folding after the exclusion of evidence. The present case does not fall into that category. The trial judge did not exclude any evidence that led the prosecution to decide it had no choice but to call no evidence and appeal the verdict. Rather, the Attorney General argues

the case falls squarely into the second category; it being a case where folding the prosecution occurred in order to protect a privilege.

[119] Although *Power* may be factually different than the present case, in my view, the principles set out by the majority are nevertheless quite applicable to the second category of recognized circumstances justifying the prosecution folding. Thus, as stated in *Power*, an appellate court should not second-guess the prosecution's decision, but it may, in the clearest of cases, exercise its residual discretion to limit the availability of a subsequent appeal where an abuse of process is shown. I reiterate that this limit is only imposed in situations where the case is tainted to such a degree that to continue would be contrary to the interests of justice.

[120] The Ontario Court of Appeal held *Fafalios* was such a case. Examining situations where compliance with an interlocutory decision would potentially cause harm, Epstein J.A. notes:

The common thread in this second category of cases is evidence demonstrating that compliance with an interlocutory order raises a reasonable prospect of harm to a legally recognized interest worthy of protection. Such interests include disclosure of the identity of a confidential informant or violation of privilege.

This category may also involve situations in which the Crown can demonstrate that compliance with the interlocutory order would cause irreparable harm to the administration of justice such as situations where the prosecution can make the case that compliance with the interlocutory order would require an inordinate expenditure of prosecutorial and judicial resources. [paras. 49-50]

[121] The analysis of the Ontario Court of Appeal continues with a review of cases where such harm was demonstrated. The Court then concludes as follows:

When the Crown requests a premature termination of a proceeding after an adverse interlocutory ruling, it must establish the existence of circumstances where a direct

appeal of the ruling is absolutely necessary - where there is no reasonable alternative. The onus on the Crown is formidable due to the exceptional nature of a procedure that essentially circumvents the rule against a direct appeal from an interlocutory order. [para. 55]

[122] In my respectful view, the above comment must be tempered by the exceptional nature of the exercise of an appellate court's residual discretion to prevent an abuse of process, as contemplated in *Power*. It is the principles set out in *Power* that I apply in determining whether this is one of the clearest cases where this residual discretion should be exercised.

[123] To repeat, the Attorney General argues this is not an attempt to circumvent the rule against interlocutory appeals for two reasons: (1) the Crown ended the prosecution to protect a privilege; and (2) the rule against interlocutory appeals is not applicable because the judge's decision was not one that fell within his constitutional jurisdiction. In my view, both contentions are unfounded on the record before us.

[124] First: the protection of privilege. Applying *Fafalios* and the cases mentioned therein, had the record established that aborting this prosecution was for the purpose of protecting a privilege, I would have found there was no abuse of process. In that case, there would be no question of this Court exercising its rarely-to-be-used residual discretionary power. The appeal would have been heard on its merits.

[125] However, the record does not disclose the prosecution folded in order to protect a privilege.

[126] When the trial judge decided to proceed with the Bertrand disqualification motion, no argument was raised that his doing so would compromise any privilege. The argument made to convince the judge not to proceed with such a motion was to the effect that doing so would infringe upon the independence of the Attorney General. When the judge granted leave to examine witnesses, the question of privilege was not raised. It was only as witnesses were testifying that the question arose, and it was resolved by holding

hearings under s. 37 of the *Canada Evidence Act*. Evidently, the questions were resolved to the prosecution's satisfaction because they did not appeal the judge's s. 37 rulings, as was their right. In fact, it is the accused who appealed, although, as explained earlier, the hearing of their appeal was eventually adjourned until after trial. The prosecution also did not raise the question of privilege when the lead investigator, Sergeant Janes, was called to testify after the initial two s. 37 hearings had been held. The issue of privilege only arose when Sergeant Janes revealed for the first time in cross-examination, almost two and a half years after the charges had been laid, that a particular witness was a police agent, and that there existed a statement which had not been disclosed to the accused. This was later revealed to have been the first of the statements the witness had made, and was one in which an immunity agreement had been discussed.

[127] When the issue of privilege arose during Sergeant Janes' cross-examination, another s. 37 hearing was held, which resulted in a decision that was not appealed. Evidently, the prosecution was satisfied that privilege was adequately protected.

[128] When the cross-examination of Sergeant Janes resumed he advised he had been mistaken in testifying the witness in question was a police agent, and revealed he had discussed the matter with a superior officer, contrary to the judge's directive. This caused the prosecution to immediately request another s. 37 hearing on grounds of public interest privilege. Again a hearing was held, and again the judge ruled. As it had before, the prosecution was given time to appeal the judge's ruling before proceedings resumed and, as it had before, the prosecution declined to appeal, informing the judge it was no longer requesting a direction relating to the cross-examination of Sergeant Janes. Thus, it can be inferred that the prosecution considered privilege was adequately protected by the judge's ruling. In fact, the prosecution later advised it was no longer maintaining its claim of public interest privilege.

[129] From this point on, the prosecution engaged in a series of “requests” and motions seeking to control, or significantly limit, the continuation of the cross-examination of Sergeant Janes. First, the prosecution reversed its position and advised it would seek limits on the cross-examination of Sergeant Janes. It filed a “Request for Directions” requesting even broader limits than earlier advised. Second, the prosecution advised it would make its request in a formal motion, and when the Notice of Motion was filed, it significantly altered the relief sought, in that the prosecution was now requesting a new trial “as a result of an error of constitutional law by the Court” or, in the alternative, a judicial stay of the matter. The Notice did not seek any limit on Sergeant Janes’ cross-examination. The prosecution then filed an Amended Notice of Motion, abandoning its request for a new trial and requesting an order of recusal of the trial judge or, in the alternative, limits on the cross-examination of Sergeant Janes and directives regarding the continuation of the Bertrand disqualification motion. This was followed by a revised Amended Notice of Motion that related to the evidence to be included in the record.

[130] The procedural steps taken by the prosecution over the course of disputing the Bertrand disqualification motion reveal that a mechanism was in place to protect privilege throughout the entire process. Each time the prosecution sought an inquiry pursuant to s. 37 of the *Canada Evidence Act*, the judge would hold a hearing and make a ruling. Each time, the prosecution did not appeal. In my view, the circumstances of this case clearly demonstrate that, whatever the prosecution’s motivation for requesting the judge to recuse himself from the matter, it was not to protect privilege. Privilege was adequately protected throughout.

[131] Moreover, the Attorney General has not demonstrated to this Court that there was a privilege worth protecting. Twenty transcripts of the s. 37 proceedings were delivered to this Court in sealed envelopes. Defence counsel brought a motion to this Court seeking the appointment of *amicus*, so that the rights of the accused might be

protected by an independent friend of the Court. The motion was dismissed as premature, as the use we would be invited to make of these transcripts had yet to be stated. At the hearing of the appeal, the Attorney General informed the Court it was not asking the appeal panel to review these transcripts, meaning we were not to consider what had taken place in the s. 37 hearings, but only be aware the hearings were held. Understandably, defence counsel joined in this request. As a result, we did not review or consider any evidence heard in the s. 37 hearings. We are therefore left with bald assertions that the continuation of Sergeant Janes' cross-examination might affect privilege, something we are not in a position to verify. Moreover, it is something that, as all indications suggest, has been properly prevented by use of the s. 37 process.

[132] In these circumstances, in my view, it has not been demonstrated that the Crown's decision to fold and then appeal was necessary to protect a privilege.

[133] The Attorney General's second contention is that even if the steps taken could not be said to have been necessary to protect a privilege, they were nevertheless necessary because the trial judge had exceeded the scope of his constitutional authority. Relying primarily on *Nixon*, the Attorney General argues that, before a court enters into an inquiry that could lead to questioning prosecutorial discretion, a significant threshold test should be applied. I agree. As I pointed out in my introduction, courts have an obligation to devise and apply threshold tests to prevent the proliferation of lengthy and baseless motions that are in fact a disguised attempt at trying to find something – anything – that might avoid a trial on the merits. Such thresholds often take the form of an air of reality test. These thresholds allow courts to separate the wheat from the chaff so matters can efficiently move along in a timely and cost-effective manner.

[134] I agree with the Attorney General that the threshold to be met before a court embarks on a process designed to remove a prosecutor must be high. I am not certain I agree with the trial judge that the assignment of prosecutors is not a core function of the Attorney General. The trial judge reached this conclusion on application of the Supreme Court's decision in *Krieger*. He held that a potential order for the removal

of a particular prosecutor “does not inhibit or interfere with the Attorney General’s ‘core’ prosecutorial discretion” as explained in *Krieger*.

[135] What the trial judge did not have, however, is the benefit of the Supreme Court’s recent decision in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, in which *Krieger* is explained. In *Anderson*, Moldaver J., for the Court, acknowledged that “subsequent to this Court’s decision in *Krieger* [...], confusion has arisen as to what is meant by ‘prosecutorial discretion’ and the law has become cloudy” (para. 38). He took the opportunity to clarify the situation, and held that “prosecutorial discretion applies to a wide range of prosecutorial decision making” (para. 45). In my view, the appointment of a particular prosecutor to a case might well fall in that category. However, as will be seen below, that question need not be resolved.

[136] While *Anderson* held that “prosecutorial discretion is entitled to considerable deference”, it also confirms that “[i]t is not, however, immune from all judicial oversight” because the “Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process” (para. 48).

[137] All this to say that, even if the appointment of a particular prosecutor to a specific case is part of prosecutorial discretion, there are circumstances that can nevertheless arise in which a court would be entitled to embark on an inquiry to determine whether the exercise of this discretion would constitute an abuse of process. According to *Nixon*, and repeated in *Anderson*, an abuse occurs when “there is evidence that the Crown’s decision ‘undermines the integrity of the judicial process’ or ‘results in trial unfairness’”. Abuse will also be found when there is evidence of “improper motive[s]” or “bad faith” (para. 49 of *Anderson*).

[138] In the present case, the trial judge recognized a threshold determination was to be made before allowing the accused to proceed with the Bertrand disqualification motion. It may be that the judge improperly conflated the procedural threshold he had imposed with the one *Nixon* says he should have applied, resulting in a threshold that was

not stringent enough. However, if he did this, it would constitute an error in law, not one of jurisdiction. Ruling that the threshold had been met, and proceeding with the motion, is a decision that was his to make. Entering into an inquiry designed to determine whether a particular prosecutor's participation in the proceedings constitutes an abuse of process is part of the function of the trial judge where it has been shown that the threshold determination, designed to separate the wheat from the chaff, has been overcome. Thus, it cannot be said that by entering into the inquiry, even if erroneously ruling on the threshold issue, the judge exceeded his jurisdiction. It must be recalled that, at this stage, the judge simply agreed to entertain a motion designed to determine whether an abuse of process had taken place. None of his rulings interfered with prosecutorial discretion. He did not, in fact, disqualify Mr. Bertrand. He simply heard a motion to determine whether the decision to appoint him as a prosecutor, despite his extensive involvement in the investigation phase, might constitute an abuse of process.

[139] I therefore conclude that neither of the reasons given in support of the prosecution folding in order to pursue an appeal have any merit.

[140] However, the matter does not end there. As stated earlier, I agree with the proposition that the decision not to call any evidence is generally immune from judicial scrutiny except, of course, where bad faith or an oblique motive can be shown. There is no indication of bad faith or oblique motive in this case. While we may not go behind the Attorney General's decision not to call evidence, we must nevertheless consider the effect of that decision. When the effect of the decision is to unjustifiably gain an advantage not available to the accused, *e.g.* to circumvent the rule against a direct appeal from an interlocutory decision or order, this may constitute an abuse of the appellate court's process. This is what I conclude in the present case.

[141] In my respectful view, the Attorney General has not been able to demonstrate any appropriate justification for the action taken, the effect of which provided the Attorney General with an advantage not available to the accused. The prosecution's termination of the Bertrand disqualification motion by folding and

appealing was not necessary to protect a privilege, nor was it necessary on the grounds the judge had exceeded his jurisdiction. It enabled the prosecution to end a most unpleasant situation where the lead investigator had disclosed at such a late date the existence of what certainly appears to be, on its face, a relevant witness statement, and admitted to having discussed his testimony with a superior officer despite being under a court directive to refrain from discussing it with anyone.

[142] To allow the prosecution to fold and appeal the verdict in these circumstances would be akin to allowing them to get a second kick at the proverbial can. I conclude that this is one of those cases where the interests of justice require this Court to exercise its residual discretion and dismiss the appeal as an abuse of this Court's process. I am convinced it would be inherently unfair for us to proceed, and perhaps order a new trial on the basis of the allegedly erroneous interlocutory order. There having been no demonstrated justification for the prosecution's decision to fold and then appeal the verdict, I am of the view that the community's conscience would be shocked to learn that, after in excess of 190 days of pre-trial hearing days on various issues, the Crown would be permitted to fold and start again because it did not like a decision the trial judge made within the scope of his jurisdiction. The community's conscience would be even more shocked when considering that the decision the prosecution wishes to attack on appeal – to hear the Bertrand disqualification motion – is one that had been made many months before the decision to halt the proceedings. It would be equally shocked when it considered the motion for the judge to recuse, the failure of which led to the prosecution folding, came at a time when the lead investigator was being cross-examined and would be required to explain very questionable police conduct.

B. *The grounds of appeal*

[143] In *Fafalios*, the Ontario Court of Appeal held that, where the decision to fold and appeal is found to constitute an abuse of process, it is inappropriate for the Court of Appeal to review the merits of the decision or order that is the subject of the appeal. I agree, and endorse Epstein J.A.'s conclusion that "the legal merits the Crown raised [...]"

have no relevance unless the case can be made that the proposed appeal falls within that narrow band of cases in which what are in effect appeals from interlocutory orders are properly taken by the prosecution” (para. 63). Thus, I need say no more on the grounds of appeal.

[144] Before concluding, however, I feel compelled to observe that, while I believe trial judges are fully justified in imposing strict thresholds, and controlling the process by refusing to embark on evidentiary hearings “at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court” (para. 35 of *Pires*) and policing the antics and prolixity of the lawyers, I am not critical of the trial judge in this specific case. It is not the role of the Court of Appeal to be a “Monday morning quarterback” reviewing the game tapes in search of error. I am merely observing that, unless strict thresholds are devised and applied, the risk of the process collapsing under its own weight materializes. No one is well served when that occurs.

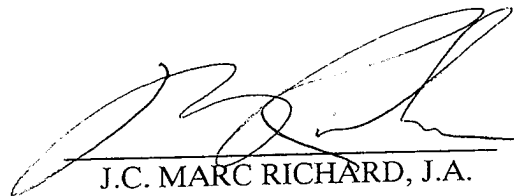
C. *Additional issue*

[145] While this has not been raised before us, I take note that a publication ban of the pre-trial proceedings had been issued in the Court of Queen’s Bench and was continued in this Court. In the event this matter was ever to go forward to another Court, I am cognizant of the risk of harm the lifting of that ban might cause should a new trial ever be ordered. Thus, in addition to disposing of the appeal as set out below, I would order that, subject to any further order, the publication ban currently in place remain in effect for a period of 60 days at which time it will expire unless further extended by a court of competent jurisdiction.

V. Disposition

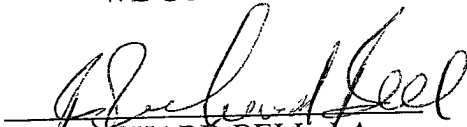
[146]

For these reasons, I would dismiss the appeal. Since the hearing in this matter, one of the panel members was appointed to another Court. According to s. 8(6.1) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, he may continue to exercise his powers as a judge of this Court for six months from the date of his appointment. To ensure this time frame is respected, I would order pursuant to s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, that the English version of these reasons be published with the French version to follow.



J.C. MARC RICHARD, J.A.

WE CONCUR:



B. RICHARD BELL, J.A.



KATHLEEN A. QUIGG, J.A.

TABLE DES MATIÈRES

	Par.
I. Introduction	1
II. Contexte factuel	7
A. <i>Voie ayant mené à la Cour du Banc de la Reine</i>	8
B. <i>Procédures devant la Cour du Banc de la Reine</i>	11
(1) Interpellation et retenue des services d’avocats	12
(2) Affaires préalables au procès	14
a) <i>Première motion de la défense en suspension de l’instance : allégation de [TRADUCTION] grave non-divulgation manifeste et délibérée</i>	17
b) <i>Contestations constitutionnelles de la défense</i>	24
c) <i>Nouveau choix de procès et nouvelle date de procès</i>	25
d) <i>Motion de la défense sollicitant la récusation du juge</i>	31
e) <i>Motion visant la suspension de l’instance, l’exclusion de certains éléments de preuve, la nullité du procès ou la récusation : la motion afférente au parcours</i>	32
f) <i>Motion du poursuivant en modification de l’ordonnance</i>	36
g) <i>Le procureur général ordonne l’inscription d’une suspension de l’instance à l’endroit de trois accusés</i>	37
h) <i>Décision sur le privilège se rapportant à certains appels exclus</i>	38
i) <i>Motions afférentes au caviardage</i>	40
j) <i>Deuxième motion de la défense visant la suspension de l’instance, la nullité du procès ou la récusation</i>	47
k) <i>Motion en suspension de l’instance : divulgation de l’entrevue menée avec Pond</i>	51
l) <i>Motion sollicitant l’historique des communications interceptées et motion en rejet</i>	52
m) <i>Motion de type Garofoli/Wilson – autorisation de contre-interroger</i>	53
n) <i>Première motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand et motion préliminaire en rejet</i>	59
o) <i>Deuxième motion visant la communication de renseignements</i>	61
p) <i>Deuxième motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand – motion préliminaire en rejet</i>	64
q) <i>Troisième motion de la défense visant la suspension de l’instance</i>	67
r) <i>Deuxième motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand</i>	68
s) <i>Motion omnibus de la défense</i>	81
t) <i>Motion du poursuivant en récusation</i>	83
(3) Acquittements	98

III. Questions soulevées en appel	100
IV. Analyse	103
A. <i>Questions préjudicielles</i>	103
(1) Compétence du tribunal d'appel	104
(2) Limite du contrôle en appel	107
(3) Appels interlocutoires	109
B. Moyens d'appel	143
C. <i>Question supplémentaire</i>	145
V. Dispositif	146

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 15 décembre 2011, une poursuite importante et coûteuse a pris fin brusquement lorsque le poursuivant a choisi soudainement de ne présenter aucun élément de preuve contre quatre des huit accusés qui restaient et qui avaient été accusés à l'origine dans une dénonciation contenant 57 chefs d'accusation reprochant aux accusés diverses infractions. Sur les quatre autres accusés qui étaient visés par la même dénonciation, un a plaidé coupable et les trois autres ont vu le poursuivant surseoir aux accusations portées contre eux. Vu l'absence de tout élément de preuve, le juge du procès n'a pas eu d'autre choix que d'acquitter les quatre accusés qui restaient. Le procureur général a alors déposé immédiatement un avis d'appel des acquittements, demandant que les verdicts soient annulés et que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée. Avant l'audition de l'appel, un des quatre intimés est décédé.

[2] Dans le mémoire déposé pour le compte du procureur général, la question de pure forme suivante est soulevée : [TRADUCTION] « La question fondamentale soulevée dans le présent [appel] est celle de savoir pourquoi cette poursuite importante et coûteuse a pris fin prématurément, privant ainsi le public et les accusés d'une décision quant à la culpabilité ou à l'innocence des accusés relative aux infractions graves reprochées? » À mon avis, la réponse à cette question n'est pas simple. Les procès au criminel deviennent souvent longs et complexes, non pas toujours parce que la recherche de la vérité constitue une démarche complexe, mais plutôt parce que certains avocats plaidants se lancent dans une série de motions longues et complexes axées sur la conduite de la police ou du ministère public dans l'espoir de découvrir qu'il a été porté atteinte à un droit dont jouit l'accusé. Un tel risque peut s'avérer fructueux en ce sens que, si une atteinte non prévue est découverte, elle peut donner lieu à une mesure réparatoire qui éviterait la nécessité de trancher l'affaire au fond. Toutefois, dans la plupart des cas, ces

genres de missions exploratoires ne donnent pas des résultats positifs. Au lieu, elles sont des démarches coûteuses qui prennent énormément de temps et consomment beaucoup de ressources. Souvent, des considérations financières ont pour effet de dissuader la défense de se livrer à une telle conduite douteuse. Lorsque les ressources financières ne sont pas un obstacle, toutefois, ce facteur de dissuasion n'entre pas en ligne de compte.

[3] Le fait que les procès au criminel échappent souvent à tout contrôle n'est pas passé inaperçu des juristes et, à l'occasion, il a fait l'objet d'observations savantes. Selon un rapport de 2006 présenté au comité consultatif du juge en chef de la Cour supérieure de justice en matière de procès au criminel intitulé *New Approaches to Criminal Trials* (en ligne : <http://www.ontariocourts.ca/scj/news/publications/ctr/>), l'ancien juge en chef Lamer aurait fait remarquer, dès 1995, que [TRADUCTION] « [c]ertains procès sont si longs qu'il y a lieu de se demander si la procédure ne va pas s'écrouler sous son propre poids ». Comme bien d'autres affaires qui l'ont précédée, la présente affaire est bel et bien une instance qui s'est écroulée sous son propre poids.

[4] Les nombreuses transcriptions déposées devant notre Cour, plus de 170 en effet, dont 20 ont trait à des instances à huis clos, démontrent l'étendue des procédures préalables au procès en l'espèce. La Cour a reçu vingt-deux boîtes de documents de la Cour du Banc de la Reine, dont la plupart ont trait à une série de motions longues et complexes axées sur la conduite de la police ou du ministère public. Parmi ces motions, la dernière consistait en une motion du ministère public sollicitant la récusation du juge au motif qu'il s'était lancé dans une enquête qui avait eu pour effet de compromettre l'indépendance à la fois de la Cour et de la fonction du procureur général, qu'il avait omis de protéger le privilège et qu'il avait omis de gérer l'instance comme il se devait de le faire afin d'empêcher la multiplication et la prolixité des procédures.

[5] À mon avis, les tribunaux ont l'obligation d'établir des critères afin de prévenir l'abus de procédure. La Cour suprême du Canada a reconnu le bien-fondé de l'application de critères préliminaires : voir *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566. L'application de critères préliminaires n'est pas une démarche nouvelle. Les critères

relatifs au caractère « vraisemblable », qui sont souvent appliqués par les tribunaux, sont des critères préliminaires. Dans l'arrêt *R. c. Pires; R. c. Lising*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, la Cour a reconnu que le fait de prescrire la détermination préalable de l'utilité de l'enquête fondée sur la *Charte* est une garantie procédurale appropriée contre les démarches non nécessaires.

[6] La présente affaire est un exemple où l'application du critère préliminaire rigoureux aurait pu éviter des semaines, sinon des mois, d'audiences préalables au procès. Quoi qu'il en soit, je conclus que la présente affaire n'est pas un cas justifiant que le procureur général abandonne la poursuite en omettant de présenter des éléments de preuve afin de pouvoir exercer immédiatement un droit d'appel contre les décisions rendues – droit qui serait refusé à la défense par l'application de la règle générale contre les appels interlocutoires dans les affaires criminelles. À mon avis, c'est sur ce fondement étroit que l'appel doit être rejeté.

II. Contexte factuel

[7] La situation factuelle extrêmement complexe qui a amené le poursuivant à renoncer à la poursuite et, par conséquent, qui a entraîné les verdicts d'acquittement ne peut être comprise que si l'on retrace d'abord la voie qui a mené des accusations initiales jusqu'aux acquittements.

A. *Voie ayant mené à la Cour du Banc de la Reine*

[8] En 2007, la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a entrepris une enquête [REDACTED] dans la région de Colpitts Settlement, au Nouveau-Brunswick. Dans le contexte de cette enquête, une autorisation d'interception de communications privées avait été accordée pour une période [REDACTED]. Le bureau du procureur général a été saisi de l'affaire en novembre 2007, lorsqu'il a nommé M^e Michel Bertrand et comme substitut du procureur général et comme mandataire désigné pouvant demander des autorisations d'interception de communications privées pendant l'enquête de la GRC.

[9] L'enquête a conduit à des accusations portées contre huit membres de la famille Tingley. Ces accusations sont contenues dans une dénonciation renfermant 57 chefs d'accusation. La dénonciation fait état de nombreuses infractions soit au *Code criminel* soit à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, notamment la possession en vue du trafic, le trafic, le complot en vue de faire du trafic de substances désignées, ainsi que d'infractions relatives au crime organisé, aux armes à feu et au défaut de se conformer aux conditions d'une promesse remise à un juge ou d'un engagement pris devant lui. Les substances désignées dont il s'agissait étaient nombreuses : oxycodone, hydromorpone, cannabis (marihuana), méthadone, cocaïne, résine de cannabis, et méthylènedioxyamphétamine. Toutes les infractions énoncées dans la dénonciation n'étaient pas reprochées à tous les accusés cependant. Certains chefs avaient trait à des accusés individuels, tandis que d'autres étaient portés simultanément contre deux accusés ou plus.

[10] En décembre 2008, le procureur général a nommé M^e Kathryn Gregory pour agir comme substitut du procureur général avec M^e Michel Bertrand dans l'étape de la poursuite comme telle de l'affaire. Les deux procureurs ont mené la procédure devant la Cour provinciale, qui comprenait les étapes suivantes : la comparution initiale, les audiences sur le cautionnement, [REDACTED] le choix d'un procès devant la Cour du Banc de la Reine et enfin, le 9 janvier 2009, la renonciation à la tenue d'une enquête préliminaire. En janvier 2009, M^e Nicole Poirier a été nommée comme troisième procureur, fonction qu'elle a occupée pour la durée de l'année jusqu'à la fin de 2010. Plus tard, M^e Gabriel Bourgeois s'est joint à l'équipe du ministère public.

B. *Procédures devant la Cour du Banc de la Reine*

[11] M^e Gregory et M^e Poirier ont mené la majeure partie de la procédure en cour, sinon toute la procédure devant la Cour du Banc de la Reine, tandis que M^e Bertrand a en général contribué à la préparation en vue du procès. Les parties-clés de

la procédure sont énoncées ci-après. Par souci de concision, j'ai omis certaines motions procédurales ou comparutions plutôt insignifiantes, et certaines des motions ayant été déposées mais non entendues. Il y en avait un grand nombre. Je me suis généralement abstenu de faire des commentaires sur les actes des avocats dans le cours des nombreuses procédures préalables au procès. Les transcriptions et le volume considérable de motions démontrent en général une absence manifeste et flagrante de collaboration avec le poursuivant de la part de la défense. Pareille conduite est aux antipodes de la civilité à laquelle on s'attend de tels professionnels et qui devrait être de mise. Les propos hyperboliques dirigés à l'endroit du ministère public et de la police pourraient certes être qualifiés de non professionnels au plus haut point. Toutefois, puisque les avocats qui ont participé à ces instances n'ont pas participé à l'audition de l'appel pour justifier quelque commentaire précis que ce soit, je ne porterai aucun jugement sur quelque point particulier que ce soit. Cela dit, il y a quelques situations décrites ci-dessous pour lesquelles je ne peux résister à la tentation de souligner ce qui est évident.

(1) Interpellation et retenue des services d'avocats

[12] L'acte d'accusation a été déposé en Cour du Banc de la Reine le 23 janvier 2009 et les accusés ont été interpellés le 2 mars 2009. À l'époque, chacun des huit accusés a refusé d'inscrire un plaidoyer parce qu'il ou elle n'avait pas encore retenu les services d'un avocat et, par conséquent, tous ont été réputés avoir plaidé non coupable. Peu après l'interpellation, tous les accusés avaient soit retenu les services d'un avocat, soit identifié un avocat dont les services pourraient être retenus, tous les accusés bénéficiant d'un certificat d'aide juridique. La date du procès a été fixée au 1^{er} juin 2009. Toutefois, cette date a dû être abandonnée lorsque tous les certificats d'aide juridique ont été révoqués à partir du 12 avril 2009, par suite d'un changement des lignes de conduite établies en vertu de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2. En effet, les certificats ont été annulés parce que les coûts de la défense étaient estimés à un montant trop élevé. Invoquant l'arrêt *R. c. Rowbotham*, [1988] O.J. No 271 (C.A.) (QL), chacun des accusés a demandé une ordonnance de suspension de l'instance jusqu'à ce qu'ils puissent obtenir l'aide d'un avocat payé par l'État. Le 24 avril 2009, le juge du procès a

déterminé que les critères permettant que soit rendue une telle ordonnance avaient été remplis et il a ajourné l'audition des requêtes afin de donner au procureur général le temps d'organiser le financement des avocats. Cela fait, le 21 mai 2009, tous les accusés étaient représentés par un avocat.

[13] Forcément, la date du procès prévu pour le mois de juin 2009 a dû être abandonnée.

(2) Affaires préalables au procès

[14] Le 26 mai 2009, le juge a reporté le procès au 18 janvier 2010 et a fourni des directives concernant les affaires préalables au procès. Tous les accusés ont fait connaître leur intention de faire un nouveau choix de procès et de choisir un procès devant un juge et un jury, et diverses affaires préalables au procès ont été entendues dans les mois précédant les nouvelles dates de procès. À partir de ce moment, les procédures ont consisté généralement en une série sans fin de motions qui, pendant presque deux ans et demi, ont retardé toutes les tentatives de tenir un procès. L'audition des motions était en cours lorsque, le 15 décembre 2011, l'affaire a pris fin brusquement. À ce stade, un grand nombre de motions déposées n'avaient pas encore été entendues. Parmi les plus importantes, il y avait celles qui sont décrites ci-après comme la motion de type *Garofoli/Wilson* et la motion omnibus.

[15] En règle générale, sinon dans tous les cas, les accusés se sont joints pour chacune des motions présentées par la défense. Typiquement, un avis de motion était déposé au nom de tous les accusés. Qu'à cela ne tienne, dans un trop grand nombre de cas parmi ceux-ci, tous les avocats insistaient pour présenter leurs propres arguments malgré leur caractère répétitif.

[16] En résumant les procédures préalables au procès, je cite beaucoup les transcriptions et les nombreuses décisions inédites du juge du procès. Conformément à l'interdiction de publication, aucune de ces décisions n'est publiée.

- a) *Première motion de la défense en suspension de l'instance : allégation de [TRADUCTION] « grave non-divulgarion manifeste et délibérée »*

[17] Parmi les motions importantes, la première sollicitait une réparation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans cette motion, les accusés demandaient la suspension de l'instance en invoquant comme moyen une [TRADUCTION] « grave non-divulgarion manifeste et délibérée de la preuve », que les accusés prétendaient être une violation de leur droit de fournir une réponse et une défense complètes, droit garanti par l'alinéa 11*d*), et de leur droit d'être jugés dans un délai raisonnable, droit garanti par l'alinéa 11*b*) de la *Charte*. Subsidiairement, les accusés sollicitaient une ordonnance de communication de tous les documents non divulgués, une ordonnance de libération judiciaire des accusés qui avaient été renvoyés sous garde dans l'attente de leur procès et une liste détaillée de toute l'information que possédait le poursuivant, la GRC et toute autre tierce partie.

[18] L'audition de la motion a débuté le 9 novembre 2009. De nombreux jours d'audience y ont été consacrés et elle s'est soldée en une décision rendue le 10 décembre 2009. Dans cette décision, le juge du procès a fait les observations suivantes : [TRADUCTION] « [l]es positions respectives des avocats des requérants et du ministère public, ainsi que leur appréciation des faits relatifs à la question de savoir si la GRC et le ministère public ont rempli leurs obligations de communiquer tous les documents pertinents issus de l'enquête menée sur les accusés, pourraient difficilement être plus opposées ». Les substituts du procureur général ont soutenu que le ministère public avait fait tout son possible pour assurer une communication [TRADUCTION] « parfaite », que toute lacune était non intentionnelle et qu'il fallait s'attendre à des lacunes dans une affaire de cette envergure et de cette complexité. De leur côté, les accusés soutenaient que la non-divulgarion des documents demandés avait été délibérée et systématique.

[19]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Le 14 juillet 2009, le substitut du procureur général a déclaré que la communication des documents était complète.

[20] Le juge du procès a conclu que les accusés n'avaient ni [TRADUCTION] « établi, par prépondérance des probabilités, que le ministère public ou la GRC était impliqué dans une “grave non-divulgence manifeste et délibérée de la preuve”, ainsi qu’il est reproché », ni [TRADUCTION] « établi une violation des droits qui leurs sont garantis par la *Charte* ». Les accusés avaient soutenu que la GRC les avait intentionnellement induits en erreur lorsqu’elle avait fourni à chaque accusé une trousse individuelle de documents divulgués qui leur communiquait respectivement la preuve jugée pertinente pour chacun des accusés, au lieu de leur communiquer une seule trousse de documents contenant l’ensemble des documents afférents à l’enquête policière. Le juge a conclu que le fait d’avoir fourni des trousse individuelles [TRADUCTION] « ne procédait pas d’un but répréhensible ou inapproprié ». Il a fait remarquer qu’aucun élément de preuve n’établissait que la décision de communiquer les documents de cette manière avait porté atteinte, de quelque manière que ce soit, à la capacité d’un des accusés de fournir une réponse et une défense complètes, ou avait contribué à retarder la procédure de quelque manière que ce soit. [REDACTED]

[REDACTED]

[21] Au bout du compte, en se fondant sur ce qui semblait être le consentement de toutes les parties, le juge du procès a ordonné la divulgation aux avocats de la défense

[REDACTED]

[REDACTED]

Il a posé comme condition à cette divulgation que chaque avocat prenne un engagement, en la forme prescrite par les directives énoncées dans l'arrêt *R. c. Guess*, 2000 BCCA 547, [2000] B.C.J. No. 2023 (QL), autorisation de pourvoi refusée à [2000] C.S.C.R. n° 628 (QL). [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[22] Pour ce qui était des allégations selon lesquelles le ministère public aurait sans cesse déclaré faussement que la communication des documents était complète, le juge a conclu que les substituts du procureur général avaient fait preuve d'authenticité et d'honnêteté dans leurs assertions faites devant la Cour et il a rejeté la prétention de la défense voulant qu'elle [TRADUCTION] « avait dû faire constamment pression sur le ministère public tout au long de la présente instance afin d'obtenir la communication des documents ». En effet, le juge a conclu que les avocats de la défense avaient eux-mêmes manqué de diligence en demandant la communication complète, en ajoutant que [TRADUCTION] « lorsqu'ils ont effectivement présenté des demandes précises au ministère public, celui-ci a répondu promptement ». En rendant sa décision, le juge a reproché aux avocats de la défense d'avoir fait certaines allégations non justifiées contre les substituts du procureur général et il a dit qu'il était [TRADUCTION] « convaincu que si l'on avait eu une attitude plus calme, moins querelleuse, plus collaborative et plus courtoise, on aurait pu très bien éviter complètement la nécessité de tenir une audience de cette nature, qui avait duré près d'un mois, ou, à tout le moins, on aurait pu l'écourter de façon significative ».

[23] De toute évidence, il n'a pas été possible d'entamer le procès en janvier 2010, comme il avait été prévu.

b) *Contestations constitutionnelles de la défense*

[24] Les avocats de la défense ont tenté de contester la validité constitutionnelle de certaines dispositions du *Code criminel* qui créaient les infractions. Ils prévoyaient appeler un expert pour témoigner à l'appui de leur thèse, mais l'expert choisi n'était pas libre. L'affaire a donc été mise en suspens.

c) *Nouveau choix de procès et nouvelle date de procès*

[25] Les procédures préalables au procès se sont poursuivies sans arrêt jusqu'en 2010. Les accusés avaient tous fait connaître leur intention de faire un nouveau choix de procès afin d'être jugés par un juge siégeant avec jury. À un moment donné, toutefois, un des huit accusés a choisi une différente voie, laquelle devait l'amener à changer son plaidoyer. Il a donc été soustrait de la procédure en cours, qui se poursuivrait sur le fondement d'un acte d'accusation modifié. Le 28 janvier, six des sept accusés qui restaient ont fait connaître leur nouveau choix officiel de procès, Roger Tingley demandant que son nouveau choix soit reporté en raison de ses troubles de santé. La date du début du procès a été fixée au 27 septembre et les dates d'audition d'une série de motions et de procédures préalables au procès ont également été fixées. Le 29 mars, la date du début du procès a été reportée au 28 septembre, en raison d'une élection générale qui allait se tenir au Nouveau-Brunswick le 27.

[26] Le 29 mars 2010, le juge du procès a demandé à Roger Tingley s'il était prêt à choisir un nouveau mode de procès. Il a informé le juge qu'il pensait que d'autres accusations allaient être portées contre lui et qu'il préférerait ne pas faire son choix à ce moment-là. Le juge n'a pas estimé que cela constituait une raison valable pour retarder le choix du mode de procès. Par conséquent, il a obligé M. Tingley à choisir son mode de procès pour chaque chef d'accusation porté contre lui. Pour chaque chef, M. Tingley a

indiqué qu'il préférerait attendre avant de faire son choix et, à chaque chef, le juge a consigné au dossier le fait que M. Tingley n'était pas prêt à choisir son mode de procès après avoir eu la possibilité de le faire.

[27] Le 29 mars 2010, le juge s'attendait d'entendre une motion du ministère public visant à obtenir des précisions sur une ordonnance antérieure rendue par lui

[REDACTED]

[REDACTED] Toutefois, à l'audience, les avocats de la défense ont refusé de consentir à cette procédure, en insistant pour que les substituts du procureur général s'exécutent conformément à l'ordonnance. [REDACTED]

[REDACTED]

[28] Les avocats de la défense étaient très conscients du fait que l'autorisation d'intercepter des communications privées contenait les dispositions énoncées ci-après :

[TRADUCTION]

6. La Cour rend également les ordonnances suivantes :

A. [...] aucune communication ne peut être interceptée et aucune surveillance ne peut être faite par l'entremise d'une caméra au bureau ou au domicile d'un avocat, ni à aucun autre endroit habituellement utilisé par des avocats à des fins de consultation avec des clients;

B. [...] lorsqu'un préposé à l'écoute, un policier ou un enquêteur a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat, ou l'employé d'un avocat, est partie à une communication, ce préposé à l'écoute, policier ou

enquêteur doit cesser d'écouter la communication, mais il peut continuer de l'enregistrer et peut effectuer un contrôle aléatoire de la communication à des intervalles raisonnables afin de déterminer si l'avocat, ou son employé, est toujours partie à la communication. Lorsque des communications ont été interceptées lors d'une écoute automatique, le préposé à l'écoute, le policier ou l'enquêteur qui écoute subséquemment la communication doit cesser de l'écouter dès qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat, ou l'employé d'un avocat, est partie à la communication, et il peut effectuer un contrôle aléatoire de la communication à des intervalles raisonnables afin de déterminer si l'avocat, ou son employé, est toujours partie à la communication. Toute communication avec l'avocat, ou avec l'employé d'un avocat, qui est enregistrée conformément à la présente autorisation sera mise sous scellé et nul n'y aura accès sauf dans la mesure où la Cour pourra l'autoriser.

[29] En l'espèce, le ministère public cherchait uniquement un moyen de déterminer si les communications interceptées qui avaient été exclues conformément à ces dispositions constituaient effectivement des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat. Il ne s'agit pas d'une revendication de privilège faite par le ministère public, comme l'a prétendu de manière répétitive et erronée la défense. Ce privilège revenait aux parties aux communications interceptées. En effet, l'autorisation prévoyait la procédure même que le ministère public invoquait. L'article 6 ajoutait :

[TRADUCTION]

À la condition toutefois que, dans l'éventualité où une communication ou des communications auraient été enregistrées et auxquelles l'accès aurait été refusé en application du présent paragraphe, et s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une communication pourrait ne pas être protégée par le secret professionnel de l'avocat, alors la communication ou les communications peuvent être présentées à la Cour afin d'obtenir une décision *ex parte* sur la question de savoir si l'accès sera accordé à l'une d'entre elles.

[30] Les avocats de la défense ont soutenu que la conduite du substitut du procureur général, lorsqu'il a refusé de fournir le fondement factuel afférent au privilège, [TRADUCTION] « frisait l'outrage », et ils ont qualifié cette conduite [TRADUCTION] « de honte » et [TRADUCTION] « [d']affront ». Cependant, il est clair comme de l'eau de roche que tout ce que le substitut du procureur général cherchait à faire était de souligner que l'autorisation ne permettait pas au ministère public d'ouvrir les appels afin de déterminer si la communication interceptée constituait, en effet, une communication protégée.

d) *Motion de la défense sollicitant la récusation du juge*

[31] Le 29 mars 2010 toujours, après avoir demandé que le substitut du procureur général soit déclaré en outrage pour avoir omis de fournir le fondement factuel sur lequel certaines communications interceptées ne pouvaient être divulguées du fait qu'elles pourraient constituer des communications protégées, l'avocat de la défense a présenté une motion sollicitant soit la récusation du juge du procès, soit le renvoi de l'affaire à un autre juge afin que celui-ci puisse déterminer si le juge du procès devait se récuser. C'est l'avocat de Roger Tingley qui a présenté la motion, mais tous les avocats de la défense soit sont demeurés silencieux, signifiant ainsi leur consentement tacite, soit ont appuyé activement la motion. Seul le poursuivant s'y est opposé. Le moyen soulevé dans la motion était que Roger Tingley se sentait humilié par l'insistance antérieure du juge afin qu'il fasse un nouveau choix officiel pour chacune des accusations qui étaient portées contre lui. À l'appui de sa demande sollicitant le renvoi de l'affaire à un autre juge, l'avocat de la défense a invoqué la décision *R. c. Trang*, 2002 ABQB 1036, [2002] A.J. No. 1457 (QL), dans laquelle il y avait eu recours à cette solution inhabituelle. Le juge du procès a rendu sa décision à l'audience, affirmant, à bon droit selon moi, ce qui suit :

[TRADUCTION] Eh bien, j'ai examiné les commentaires et les observations des avocats au sujet de la motion préliminaire présentée par M^e Sleeth sollicitant le renvoi de la motion à un autre juge. Il m'a cité certaines sources jurisprudentielles qui appuieraient une telle démarche. À

mon avis, la solution appropriée dans les circonstances de l'espèce est de conserver compétence sur cette question. Je n'ai pas été persuadé qu'il y existe un motif justifiable quelconque pour lequel je [devrais] renvoyer la motion à un autre juge ou me récuser de l'audition de la motion et du [procès] – la motion préliminaire est donc rejetée.

- e) *Motion visant la suspension de l'instance, l'exclusion de certains éléments de preuve, la nullité du procès ou la récusation : la motion afférente au parcours*

[32] Toujours le 29 mars 2010, ainsi que le jour suivant, la défense a présenté ses arguments sur une motion appelée [TRADUCTION] « la motion afférente au parcours ». Dans cette motion, les accusés sollicitaient une suspension de l'instance en invoquant comme moyen que le ministère public avait fourni à la Cour ce qui était appelé le [TRADUCTION] « parcours », dans lequel était exposée la preuve qu'on prévoyait présenter à l'appui de chaque accusation. La défense a fait valoir que le juge du procès avait possession [TRADUCTION] « d'une preuve non vérifiée », ce qui voulait dire de l'information dont l'admissibilité n'avait pas été déterminée judiciairement. La défense soutenait que cette démarche portait atteinte à l'équité du procès et violait l'art. 7 et l'alinéa 11*d*) de la *Charte*. Subsidiairement, les accusés demandaient une ordonnance prescrivant l'exclusion de toute la preuve, une déclaration de nullité du procès ou la récusation du juge.

[33] Ce « parcours » a été appelé, de façon interchangeable, [TRADUCTION] « mémoire de la Cour » ou [TRADUCTION] « résumé de l'affaire ». Il a d'abord été mentionné au cours de la conférence préalable au procès tenue le 9 septembre 2009, bien après que tous les accusés eurent déposé un avis d'intention de faire un nouveau choix de mode de procès, soit un procès avec juge et jury. Lors de la conférence, le ministère public a fait savoir au juge qu'il préparait le « parcours », mais a expliqué que cette préparation prendrait un certain temps en raison du travail nécessaire pour établir les liens entre le parcours et les éléments de preuve ou communications interceptées individuels. Étant donné que la date du procès, prévu pour le mois de janvier 2010, approchait, le juge a demandé que le parcours soit fourni à la défense au plus tard le 9 octobre 2009, sans

que les liens soient établis. Le juge a aussi demandé une copie pour lui-même. Avant d'acquiescer, le ministère public a demandé si les accusés s'y opposaient. Les avocats de la défense ont indiqué qu'ils feraient connaître leur position à la prochaine comparution.

[34] L'audience a repris le 9 octobre. À la fin de l'audience, le ministère public a fourni un disque compact à chaque avocat et en a offert un au juge. Les avocats de la défense n'ont soulevé aucune objection à ce que le juge obtienne cette copie. Un des avocats voulait simplement l'assurance que le jury n'aurait pas accès à ce « parcours ». Vu qu'il n'y avait aucune objection, le ministère public a fait parvenir une copie au juge, ainsi qu'il lui avait demandé, par l'entremise du bureau du greffier.

[35] Le 1^{er} avril 2010, le juge a rejeté la motion afférente au parcours déposée par la défense. Le juge a fait remarquer que les accusés prétendaient qu'il avait été porté atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11*d*) par suite de la [TRADUCTION] « conduite répréhensible et abusive » du ministère public en fournissant le parcours à la Cour. Toutefois, le juge a décidé que les auteurs de la motion n'avaient pas réussi à établir quelque mauvaise conduite que ce soit et il a souligné la bonne foi des substituts du procureur général. Le juge a fait remarquer que les avocats de la défense ne s'étaient pas opposés à ce que le parcours lui soit fourni et n'avaient pas non plus formulé de plainte avant que se soit écoulée une période de plus de trois mois après qu'il l'ait obtenu. Le juge a rejeté également les arguments de la défense voulant qu'il ait été porté atteinte à l'équité du procès. Il a fait remarquer qu'une des fonctions normales des juges de procès est d'examiner et d'apprécier la preuve, puis de l'écarter si elle est jugée inadmissible par la suite, soulignant que, de toute façon, ce serait le jury et non le juge qui apprécierait la preuve admissible afin de rendre les verdicts. Le juge a aussi rejeté la demande visant sa récusation en tant que juge du procès. Il a appliqué le critère de la personne bien renseignée qui étudie la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, et il a conclu qu'une telle personne n'aurait aucune crainte de partialité. Il a rappelé aux parties que les juges de procès qui président des procès devant jury, particulièrement des procès complexes, reçoivent régulièrement du ministère public des résumés de l'affaire, étant donné que ces documents aident le juge dans la préparation du

procès, puisqu'ils sont souvent des outils très pratiques et utiles, tant pour isoler les questions réelles que pour faciliter le déroulement sans heurt et efficace du procès.

f) *Motion du poursuivant en modification de l'ordonnance*

[36] Étant donné la position des avocats de la défense concernant les ■ communications interceptées qui tombaient dans la catégorie des communications qui étaient [TRADUCTION] « peut-être protégées », le ministère public a déposé une motion sollicitant la modification de l'ordonnance dans laquelle le juge lui enjoignait de fournir les détails du fondement factuel sur lequel les communications pourraient être protégées. Dans une décision rendue le 12 avril 2010, le juge a reconnu les préoccupations soulevées par le ministère public. Il a accueilli la motion, modifié son ordonnance antérieure et ordonné à la GRC de remettre ces communications interceptées au juge en chef David Smith pour que celui-ci aide à déterminer si elles bénéficiaient d'un privilège légitime et si le fondement factuel de ce privilège pouvait être divulgué sans qu'il y ait violation du privilège.

g) *Le procureur général ordonne l'inscription d'une suspension de l'instance à l'endroit de trois accusés*

[37] Le 31 mai 2010 devait être un autre jour où seraient entendues les motions appelées [TRADUCTION] « motions afférentes au caviardage ». À l'ouverture de l'audience, le substitut du procureur général a fait savoir au juge du procès que, conformément à l'art. 579 du *Code criminel*, le procureur général ordonnait l'inscription d'une suspension de l'instance, ou l'arrêt des procédures, à l'endroit de trois des accusés. Cette décision a soulevé de nombreux arguments de la part des avocats des accusés, surtout de la part d'un des avocats qui représentait un des accusés auquel la suspension ne s'appliquait pas. Un autre des avocats, celui-ci représentant un client qui était touché par la suspension, s'est interrogé à haute voix au sujet de la coïncidence que présentait le fait que la suspension avait été ordonnée le même jour où les avocats de la défense avaient remis [TRADUCTION] « des factures imposantes » au procureur général. Il va sans dire

que les avocats devraient s'abstenir de se livrer à des spéculations non fondées au sujet des motifs du procureur général lors d'une audience publique.

h) *Décision sur le privilège se rapportant à certains appels exclus*

[38] Le 22 juillet 2010, après avoir entendu les parties à quatre différentes reprises sur la question des ■■■ communications interceptées qui avaient été exclues parce qu'elles étaient [TRADUCTION] « peut-être protégées », le juge en chef Smith a rendu sa décision. Après avoir examiné toutes les communications visées, ainsi que les cahiers et résumés d'écoute s'y rapportant qui avaient été préparés par les préposés à l'écoute, il a refusé de trancher en raison [TRADUCTION] « du vide très décevant en matière de preuve » dans lequel il se trouvait. Il a renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il tranche les questions soulevées.

[39] Le 31 août 2010, le juge du procès a conclu que la forte majorité des ■■■ communications interceptées étaient, en effet, des communications protégées. Il a fait remarquer qu'un résumé avait été préparé pour un des appels, mais qu'aucun fichier sonore ne l'accompagnait, alors le juge a demandé au poursuivant de se renseigner à ce sujet. En plus des communications faisant l'objet du privilège du secret professionnel de l'avocat, il a conclu que ■■■ appels semblaient être des communications avec un informateur. Il a également conclu que certains des appels étaient non pertinents et ne contenaient aucune information utile.

i) *Motions afférentes au caviardage*

[40] En avril 2010, les avocats de la défense ont déposé trois motions sollicitant la divulgation des parties caviardées de certains documents. De nombreuses parties de ces documents avaient été caviardées afin de protéger des renseignements confidentiels. Les avocats de la défense soutenaient que la communication des renseignements caviardés était nécessaire pour qu'ils puissent présenter une réponse et une défense complètes. Subsidiairement, ils demandaient des résumés judiciaires des

parties caviardées des documents. Les documents en question étaient, notamment : 1) les dénonciations visant l'obtention des autorisations ainsi que les affidavits correspondants; 2) les comptes rendus des sources; 3) les notes des policiers. Le 12 mai 2010, une quatrième motion a été déposée, dans laquelle la défense sollicitait des mesures réparatoires semblables concernant certains éléments contenus dans la [TRADUCTION] « boîte noire », c'est-à-dire l'unité de disque dur renfermant la communication de documents qui leur avait été fournie. Le 9 juin 2010, les accusés ont déposé une cinquième [TRADUCTION] « motion afférente au caviardage », par laquelle ils sollicitaient des copies non caviardées des notes des gestionnaires de sources, c'est-à-dire les notes prises par les policiers après leurs discussions avec les informateurs.

[41] Comme démarche initiale afin de rendre une décision sur la première de ces motions, et du consentement de toutes les parties, le juge du procès a ordonné que les documents mis sous scellé concernant les mandats et les autorisations d'interception des communications soient descellés afin qu'il puisse les examiner.

[42] Les motions ont été entendues sur une période de plusieurs jours. Durant les audiences, le ministère public a signifié un avis de son intention d'invoquer l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et de s'opposer à la divulgation de certains renseignements. Cet avis a soulevé un débat important. En fin de compte, le juge a rendu une décision, le 9 juin 2010, concernant la procédure à suivre sous le régime de l'art. 37. Il a décidé qu'il entendrait d'abord la preuve en l'absence des accusés et de leurs avocats. Il fournirait ensuite des résumés judiciaires de l'audition de la preuve aux avocats de la défense, puis il entendrait leurs observations sur la question de savoir si les témoins devraient être rappelés afin d'être interrogés davantage ou peut-être contre-interrogés. Le juge a décidé qu'il n'était pas nécessaire de nommer un ami de la cour.

[43] Les audiences tenues sous le régime de l'art. 37 ont duré plusieurs semaines. Au bout du compte, les avocats de la défense ont été autorisés à être présents durant des parties de certaines des audiences et à y participer, mais ont été exclus des

parties des audiences où l'information présentée était susceptible d'identifier un informateur. Neuf témoins ont été appelés à témoigner et chacun s'est dit avoir des hésitations et des inquiétudes au sujet de la divulgation d'information ou de documents, même caviardés, qui seraient susceptibles de compromettre leurs obligations de protéger l'identité d'informateurs.

[44] Le 9 septembre 2010, le juge du procès a rendu une décision détaillée sur la revendication de privilège relatif aux informateurs faite par le ministère public en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge a expliqué qu'afin d'obtenir les diverses autorisations d'interception de communications privées et les divers mandats de perquisition, dont le résultat constituait essentiellement le fondement des accusations qui avaient été portées, le ministère public avait agi dans une large mesure sur la foi de renseignements obtenus d'informateurs. [REDACTED]
[REDACTED] Après avoir examiné le droit et avoir tenu compte des arguments des avocats, le juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Je suis convaincu que le ministère public a établi, par prépondérance des probabilités et même plus, que les documents et les renseignements sollicités par les accusés dans les motions 2 à 5 inclusivement afférentes au caviardage, ainsi que les documents supplémentaires demandés par les avocats de la défense dans leurs observations orales, contiennent des renseignements sur les informateurs qui, s'ils étaient divulgués, même sous forme caviardée, seraient susceptibles d'identifier les informateurs et, par conséquent, de violer le privilège relatif aux informateurs qui leur est garanti en droit.

[45] Le juge a donc décidé que les renseignements demandés n'avaient pas à être divulgués et il a ordonné la remise de certains documents qui avaient été divulgués mais qui n'auraient pas dû l'être. Pour ce qui est de la première motion afférente au caviardage, il a décidé qu'elle serait instruite conformément à l'art. 187 du *Code criminel*. Après avoir reçu d'autres éléments de preuve et entendu d'autres arguments, le juge a tranché cette motion le 4 octobre 2010. Voici le dispositif de sa décision :

[TRADUCTION]

Après avoir examiné à la fois les versions caviardées et non caviardées des divers affidavits et des dénonciations visant l'obtention de l'autorisation et l'autorisation elle-même, je suis convaincu que les résumés fournis par le ministère public, la preuve fournie par le sergent Janes à la fois dans son affidavit et dans son témoignage oral, les observations du ministère public ainsi que les parties caviardées des affidavits et des dénonciations en vue d'obtenir l'autorisation fournissent suffisamment d'information aux avocats des accusés pour leur permettre d'apprécier la nature des parties caviardées de ces documents et pour permettre aux accusés de présenter une réponse et une défense complètes.

[46] Les accusés ont interjeté appel de la décision du juge du procès sur la procédure engagée sous le régime de l'art. 37. Le paragraphe 37.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit un droit d'appel si un juge, agissant au titre de l'art. 37, soit ordonne la divulgation de certains renseignements, soit interdit leur divulgation pour des raisons d'intérêt public déterminées. Le procureur général a demandé à notre Cour d'ajourner l'appel jusqu'à la conclusion du procès. Dans *Tingley et autres c. R.*, 2011 NBCA 8, 366 R.N.-B. (2^e) 390, notre Cour a ajourné l'appel à une date devant être fixée par le juge en chef lorsque serait terminé le procès sur les accusations criminelles sous-jacentes.

j) *Deuxième motion de la défense visant la suspension de l'instance, la nullité du procès ou la récusation*

[47] Pendant qu'étaient entendues les motions afférentes au caviardage et les demandes correspondantes régies par l'art. 37, les accusés ont sollicité encore une fois une ordonnance afin que le juge du procès déclare la suspension de l'instance ou la nullité du procès, ou qu'il se récuse de l'affaire. La motion a été rejetée en audience, les motifs de la décision devant être fournis par la suite. Ces motifs ont été fournis quatre jours plus tard, soit le 15 juin 2010.

[48] La motion était fondée sur le fait que lorsqu'il avait rendu sa décision le 1^{er} avril 2010, le juge du procès avait fait référence à [TRADUCTION] [REDACTED] – un terme qui, selon la défense, traduisait une conclusion de fait tirée sans preuve. Étant donné que certains chefs de l'acte d'accusation faisaient état d'une organisation criminelle, les accusés soutenaient que le terme employé par le juge soulevait une crainte raisonnable de partialité.

[49] Dans sa décision, le juge a expliqué que le contexte dans lequel les mots contestés avaient été prononcés était important. En rendant sa décision dans laquelle il avait rejeté la motion appelée « motion afférente au parcours », par laquelle la défense sollicitait une suspension de l'instance, la nullité du procès ou la récusation, le juge dessinait la toile de fond lorsqu'il avait dit :

[TRADUCTION]
[REDACTED] aurait exercé son activité généralement dans la région du village de Salisbury, au Nouveau-Brunswick, les infractions ayant été commises entre le 1^{er} février et le 10 décembre 2008.

[50] Le juge a décidé qu'une personne raisonnable bien renseignée qui étudie la question en profondeur de façon réaliste et pratique n'aurait aucune crainte de partialité. La personne raisonnable interpréterait ce paragraphe de la décision du juge sur la motion afférente au parcours en tenant compte du contexte, et elle constaterait que ce paragraphe était précédé immédiatement de deux paragraphes dans lesquels le juge mentionne les accusations ayant trait [TRADUCTION] « à une supposée organisation criminelle, [REDACTED]. Tenant compte du contexte, la personne raisonnable conclurait facilement que le juge faisait référence aux allégations faites à l'endroit des accusés et qu'il ne tirait pas une conclusion de fait. Il est un peu étonnant que les accusés et leurs avocats n'aient pas tiré la même conclusion.

k) *Motion en suspension de l'instance : divulgation de l'entrevue menée avec Pond*

[51] Les accusés ont sollicité une suspension de l'instance en reprochant au ministère public d'avoir omis de fournir des réponses honnêtes aux demandes de divulgation relatives à l'entrevue menée auprès d'un témoin. La motion a été retirée par la suite.

1) *Motion sollicitant l'historique des communications interceptées et motion en rejet*

[52] Le 19 octobre 2010, les accusés ont demandé à la Cour d'ordonner la communication des historiques relatifs aux ■■■ communications interceptées qui avaient été exclues parce qu'elles contenaient, pensait-on, des communications protégées. Le ministère public a présenté une motion en rejet, qui a été accueillie.

m) *Motion de type Garofoli/Wilson – autorisation de contre-interroger*

[53] Le 7 octobre 2010, au nom de tous les avocats de la défense, l'avocat de Christopher Tingley a avisé le juge qu'aucune contestation relative aux autorisations ne serait formulée sous forme de motion appelée motion de type *Garofoli* : *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, [1990] A.C.S. n° 115 (QL). Il a également fait savoir qu'aucune demande de contre-interrogatoire des déposants ne serait présentée.

[54] Lorsque la Cour a repris l'audience le 19 octobre, Christopher Tingley avait changé d'avocat. Le 25 octobre, son nouvel avocat a fait savoir au juge que, même s'il avait été renoncé à la possibilité de présenter une motion de type *Garofoli*, il estimait que cela [TRADUCTION] « n'empêchait pas de présenter des arguments concernant une demande de type *Parsons*, une demande de type *Wilson*, [ou] une demande de type *Vanweenan*, toutes ces demandes ayant trait à la validité apparente de l'autorisation, à la valeur de l'affidavit quant au fond ou à sa valeur fondamentale », faisant évidemment référence à *Regina c. Parsons et al.*, [1977] O.J. No. 2425 (QL), confirmé à [1980] 1 R.C.S. 785, [1980] A.C.S. n° 22 (QL) (sub nom. *Charrette c. La Reine*), *Wilson c.*

La Reine, [1983] 2 R.C.S. 594, [1983] A.C.S. n° 88 (QL), et *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148, [1988] A.C.S. n° 77 (QL).

[55] Je m'arrête ici pour faire remarquer que dans les motifs majoritaires de l'arrêt *Garofoli*, la Cour suprême a expliqué l'importance de ces décisions en ces termes :

Il y a d'abord le « voir-dire de type *Parsons* », selon l'arrêt *R. c. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2^e) 497 (C.A. Ont.); conf. par [1980] 1 R.C.S. 785, *sub nom. Charette c. La Reine*. Le but de cette audience tenue devant le juge du procès est de répondre à des questions telles la validité apparente de l'autorisation, le respect par les policiers qui ont pratiqué l'interception des conditions de l'autorisation et le respect des exigences légales, comme l'avis raisonnable. La réparation est l'exclusion en vertu de l'art. 178.16. Le deuxième moyen de contestation est la « demande de type *Wilson* ». Cette audience se tient devant le tribunal qui a accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond. La réparation est l'annulation de l'autorisation. Le troisième moyen est une « audience de type *Garofoli* ». Il s'agit d'une audience devant le juge du procès, qui a pour objet de déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la *Charte*. La réparation est une décision en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Le quatrième et dernier moyen est une « audience de type *Vanweenan* », selon le nom d'un des appelants dans l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148. Il s'agit encore d'un voir-dire tenu devant le juge du procès, mais en vue de déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes « connu[es] » comme l'exigent les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c). La réparation est encore une fois l'exclusion en vertu de l'art. 178.16. [Par. 38]

[56] Le 20 novembre 2010, les accusés ont déposé une motion appelée par la suite motion de type *Garofoli/Wilson*. L'avis de motion prétendait que les motifs justifiant la délivrance de l'autorisation d'interception de communications privées étaient insuffisants. Selon les accusés, l'affidavit déposé à l'appui de la demande d'autorisation contenait [TRADUCTION] « des assertions trompeuses, démontrant ainsi un mépris insouciant pour la vérité ». Les avocats de la défense ont donc prétendu que l'autorisation

était non valide et que toute preuve découlant de son exécution avait été obtenue de manière illégale et violait les art. 7 et 8 de la *Charte*. La réparation sollicitée était l'exclusion de tous éléments de preuve obtenus en raison de l'autorisation. Les avocats de la défense sollicitaient également l'autorisation de contre-interroger non seulement le déposant, mais aussi le substitut de procureur général M^e Michel Bertrand, qui avait été le mandataire du procureur général pour l'application des art. 185 et 186 du *Code criminel* au moment où l'autorisation avait été obtenue.

[57] Le 12 janvier 2011, les avocats de la défense ont fait valoir que leur motion devrait être entendue, non pas par le juge du procès, mais par le juge qui avait accordé l'autorisation, soit le juge en chef Smith. Le lendemain, le juge du procès a décidé que la motion serait entendue par lui.

[58] Les avocats de la défense ont également sollicité l'autorisation de contre-interroger un certain nombre d'autres personnes à l'appui de leur motion. Le substitut du procureur général a demandé au juge de trancher la question de savoir si oui ou non les avocats de la défense obtiendraient l'autorisation de contre-interroger M^e Bertrand. Les avocats de la défense ont alors avisé le juge de leur intention de déposer une motion plus large qui solliciterait la révocation de M^e Bertrand en tant que substitut du procureur général. Comme il l'avait fait à plusieurs reprises auparavant, le juge a donné pour directives aux avocats de la défense de déposer leurs motions par écrit et d'énoncer la mesure réparatoire sollicitée, les moyens sous-tendant cette mesure réparatoire et le fondement en preuve susceptible de la justifier. La demande de contre-interrogatoire a été ajournée jusqu'à ce que soit déposée la motion en révocation de M^e Bertrand.

n) *Première motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand et motion préliminaire en rejet*

[59] Le 17 janvier, deux motions additionnelles et un avis de motion modifié avaient été déposés. Une des motions ainsi que l'avis de motion modifié traitaient de la révocation de M^e Bertrand, tandis que l'autre motion sollicitait la communication de renseignements additionnels. Le substitut du procureur général a souligné un certain

nombre de lacunes dans la motion en révocation. Par surcroît, il a déposé une motion sollicitant le rejet de la motion en révocation et il a invoqué comme moyen qu'elle ne remplissait pas les exigences établies par le juge du procès. La motion préliminaire en rejet a été entendue sur une période de deux jours, après quoi le juge l'a accueillie et a déterminé que [TRADUCTION] « les accusés ont décidé de ne pas se conformer aux directives les plus élémentaires et fondamentales ». Le juge n'y est pas allé de main morte lorsqu'il a dit :

[TRADUCTION]

S'agissant de la demande d'ordonnance voulant que la motion des défendeurs soit rejetée, je constate que, dès le début de ma participation dans cette affaire, et à plusieurs reprises depuis, et même encore lundi de cette semaine, j'ai avisé les avocats en la présence des accusés que toutes motions visant des mesures réparatoires déposées préalablement au procès, qu'elles soient fondées sur la *Charte* ou non, exigeraient le dépôt d'avis de motion écrits en temps opportun et que ces motions devraient énoncer de façon claire et concise,

- a) a nature précise de la mesure réparatoire sollicitée;
- b) les moyens en droit sur lesquels est fondée la mesure réparatoire sollicitée;
- c) le fondement en preuve que les accusés invoqueront ou ont l'intention d'établir à l'appui de leur motion.

Les avocats de la défense ne semblent pas vouloir ou pouvoir accepter ou suivre ces directives malgré qu'ils ont été avertis du fait que les motions qui ne sont pas présentées en bonne et due forme peuvent ne pas être entendues ou examinées par la Cour. Encore une fois, cela a été porté à leur attention lundi dernier. À ce moment-là, le ministère public a offert à la défense la possibilité de déposer ces précisions ou de fournir ces précisions, et d'après ce que j'ai pu comprendre de l'échange qui a eu lieu pendant cette séance, les avocats de la défense ont confirmé qu'ils ne se conformeraient pas à la demande du substitut du procureur général voulant qu'ils modifient leur motion ou qu'ils apportent des précisions concernant les

moyens sur lesquels était fondée leur demande de réparation ainsi que le fondement en preuve qui sous-tend leur demande. Le substitut du procureur général a alors fait savoir qu'il sollicitait une ordonnance de rejet de la motion de la défense et qu'il déposerait une motion préliminaire à cet égard.

[60] Même s'il a accueilli la motion préliminaire du ministère public et rejeté la motion des accusés visant la révocation de M^e Bertrand, le juge l'a fait sous toute réserve du droit de la défense de déposer une nouvelle motion. Il a indiqué que, n'eût été le fait que le ministère public l'invitait à trancher de cette manière, il [TRADUCTION] « n'était pas certain que le dispositif [sous toute réserve] aurait fait partie de [sa] décision ». Dans sa conclusion, il a répété que [TRADUCTION] « si les avocats [de la défense] souhaitent écarter délibérément les directives de la Cour, pour quelque raison que ce soit, ils le font au risque et péril de leurs clients ».

o) *Deuxième motion visant la communication de renseignements*

[61] En attendant l'audition de la motion de type *Garofoli/Wilson*, les accusés ont sollicité la communication de renseignements additionnels qui, selon eux, pourraient établir certaines omissions dans l'affidavit sur lequel l'autorisation d'interception de communications privées était fondée. Certaines demandes de renseignements additionnels ont été acceptées, d'autres ont été contestées. Dans son affidavit à l'appui de l'autorisation, le déposant affirme avoir récupéré tous les dossiers d'enquête dans les systèmes de données de la GRC associés aux ■■■ personnes cibles. Ces documents ont été fournis aux accusés. Toutefois, les accusés sollicitaient maintenant des renseignements et des documents, le cas échéant, concernant toutes les ■■■ autres [TRADUCTION] « personnes connues » nommées dans l'autorisation, sauf ■■■ dont les noms avaient été caviardés. Le juge a conclu que les accusés n'avaient établi ni l'existence de l'information sollicitée, ni même une ombre de pertinence possible quant à celle-ci.

[62] Les accusés sollicitaient également toutes les notes d'un agent particulier prises dans le cadre de son enquête des « Tingley », qu'ils entendaient inclure toutes les [TRADUCTION] « principales personnes nommées » et toutes les [TRADUCTION] « personnes connues » nommées dans l'autorisation d'interception des communications, sauf les personnes dont les noms avaient été caviardés. L'agent dont il s'agissait [REDACTED] et avait été consulté par le déposant en tant qu'expert en organisations criminelles. Le juge a décidé que les notes de l'agent ayant trait à toutes les principales personnes nommées étaient pertinentes et il a ordonné leur communication, mais il a décidé que les notes ayant trait aux autres personnes connues n'étaient pas pertinentes.

[63] De plus, les accusés ont sollicité la communication de [TRADUCTION] « tous les mandats, y compris les dénonciations en vue de les obtenir, qui avaient été [REDACTED] contre toutes les personnes ciblées par l'autorisation d'interception des communications (sauf pour les personnes dont les noms avaient été caviardés), ainsi que tous les documents pertinents ayant trait aux résultats de ces mandats de perquisition, notamment tous les rapports faits à un juge ». Le juge a refusé d'accorder cette mesure réparatoire aux accusés pour le motif qu'il n'y avait pas de preuve établissant l'existence ou la pertinence des documents demandés. Toutefois, le juge a ordonné au poursuivant de faire tous les efforts raisonnables afin de repérer les mandats, les demandes de mandat et les affidavits déposés à l'appui de ces demandes, [REDACTED]

p) *Deuxième motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand – motion préliminaire en rejet*

[64] La première motion présentée par les avocats de la défense en vue de la révocation du substitut du procureur général Bertrand ayant été rejetée sous toute réserve le 14 février 2011, les avocats de la défense ont déposé une deuxième motion sollicitant la même mesure réparatoire. Subsidiairement, ils ont demandé que le substitut du procureur général Bertrand soit exclu en tant que substitut du procureur général pour

toutes les contestations visant l'autorisation, une décision définitive sur la question de savoir s'il pouvait participer au procès devant être rendue une fois que la motion de type *Garofoli/Wilson* aurait été entendue. En somme, ils invoquaient comme moyen que M^e Bertrand se trouvait en situation de conflit d'intérêts étant donné le rôle qu'il avait joué, qui selon eux était [TRADUCTION] « considérable et d'envergure », pendant l'enquête policière. Selon les accusés, ce rôle avait une incidence sur sa [TRADUCTION] « capacité d'apprécier objectivement sa responsabilité envers le public en tant que procureur ». Ils faisaient valoir que si M^e Bertrand devait continuer à agir comme substitut du procureur général, cela constituerait un abus de procédure et aurait une incidence négative sur l'équité du procès, en violation de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte*.

[65] Comme il l'avait fait concernant la première motion en révocation du procureur Bertrand, le ministère public a répondu en déposant une motion en rejet de la motion de la défense, ou subsidiairement, en radiation de certaines parties de l'affidavit déposé à l'appui. Les accusés ont répliqué en déposant leur propre motion en rejet de la motion en rejet et en radiation déposée par le ministère public. (L'absurdité de toute cette situation n'échappera sûrement pas au lecteur.) Le 1^{er} mars 2011, le juge du procès a rejeté la motion en rejet et en radiation déposée par le ministère public, en affirmant, toutefois, que la radiation de certaines parties de l'affidavit déposé à l'appui de la motion en révocation serait examinée à l'audition de la motion de la défense sur le fond. Éventuellement, le juge a radié quelques parties de l'affidavit.

[66] Lorsque l'instance a repris, le 21 mars 2011, afin que soit entendue la motion de la défense en révocation de M^e Bertrand, les avocats de la défense ont obtenu un ajournement afin de pouvoir déposer une autre motion en suspension de l'instance. L'affaire a été ajournée jusqu'au lendemain.

q) *Troisième motion de la défense visant la suspension de l'instance*

[67] Le 22 mars 2011, les accusés ont déposé une autre motion en vue d'obtenir une suspension de l'instance en invoquant comme moyen que [TRADUCTION] « [l]e ministère public est intervenu auprès d'un témoin [à décharge], Gilles Lemieux [qui était l'avocat représentant Christopher Tingley jusqu'à ce qu'il soit mis fin à ses services], afin d'obtenir son témoignage sous serment en dehors du forum approprié, c'est-à-dire dans le contexte d'une audience publique dans un procès criminel ». L'ironie, c'est que les avocats de la défense ont dû faire la même chose lorsqu'ils ont obtenu un affidavit de M^e Lemieux à l'appui de leur motion en révocation de M^e Bertrand. Quoiqu'il en soit, les accusés prétendaient maintenant que les actions des substituts du procureur général, qui avaient demandé à M^e Lemieux de se présenter à une entrevue sous serment qu'ils voulaient enregistrer, constituaient un abus de procédure.

r) *Deuxième motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand*

[68] Avant que soit entendue la motion en révocation du substitut du procureur général Bertrand, la question de l'affidavit de M^e Lemieux a été examinée et certaines parties ont été radiées. Les substituts du procureur général voulaient d'abord que soit examinée la question de savoir si la preuve produite par la défense [TRADUCTION] « constitu[ait] une preuve suffisante pour que la Cour se lance dans [l'enquête] ». L'échange suivant a alors eu lieu :

[TRADUCTION]

LA COUR : Vous parlez du critère préliminaire – de la question du critère préliminaire?

M^e BOURGEOIS : C'est exact.

LA COUR : Cela a été tranché. Cela a été tranché la dernière fois. Je ne reviendrai pas sur ce point.

M^e BOURGEOIS : D'accord, donc si je pouvais obtenir une directive claire, la – la Cour a rendu une décision basée sur la preuve qui est actuellement devant la Cour –

LA COUR : M^e Bourgeois.

M^e BOURGEOIS : – selon laquelle le critère préliminaire est – est rempli?

LA COUR : Vous avez présenté une motion en rejet.

M^e BOURGEOIS : Oui.

LA COUR : Nous vous avons accordé amplement de temps pour présenter cette motion.

M^e BOURGEOIS : Oui.

LA COUR : Elle a été rejetée.

M^e BOURGEOIS : Oui, je comprends cela.

LA COUR : Je ne reviens pas sur cette question. Vous pouvez interpréter cela comme vous le souhaitez, mais c'est ma décision et je n'en dirai pas plus.

M^e BOURGEOIS : Eh bien simplement – simplement pour pouvoir comprendre, et c'est simplement pour pouvoir comprendre.

LA COUR : La question du critère préliminaire a déjà été tranchée.

M^e BOURGEOIS : Et le critère est rempli.

LA COUR : Votre motion en rejet a été radiée, a été rejetée.

M^e BOURGEOIS : Oui, je comprends cela.

LA COUR : Très bien. C'est là que vous avez soulevé [la question] la première fois, n'est-ce pas?

M^e BOURGEOIS : Il s'agissait d'une question dont je ne suis pas certain.

LA COUR : Eh bien je l'ai tranchée et c'est ce que j'ai fait, donc je ne vous donne pas d'explications au sujet des décisions à ce stade. Elles sont très claires. Il était très évident que cette motion en rejet était en – en soi rejetée, donc veuillez passer à autre chose.

[69] L'audience s'est poursuivie et l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins ont soulevé tout un débat. À la fin, il a été décidé que M^e Lemieux serait contre-interrogé au sujet de son affidavit et que plusieurs policiers pourraient être interrogés par les avocats de la défense. La demande antérieure de contre-interrogatoire de M^e Bertrand, qui avait été présentée par les avocats de la défense, a été retirée. Les contre-interrogatoires ont eu lieu.

[70] Le dernier agent de la police à être interrogé était le sergent Mark Janes, l'enquêteur en chef. Il a été contre-interrogé en profondeur sur une période de plusieurs jours. Le contre-interrogatoire par un des avocats de la défense a révélé que [REDACTED]

[REDACTED], les documents communiqués à son avocat avaient également été fournis à [REDACTED]. Cela a donné lieu à des arguments sur le caractère illégal [de cette communication de documents], étant donné que les documents contenaient des interceptions de communications privées impliquant non seulement cet accusé mais un ou plusieurs des autres également. Le ministère public a soulevé une objection concernant la pertinence de cette série de questions pour les points à trancher relativement à la motion en révocation. Les arguments soulevés à cet égard se sont étalés sur la majeure partie de deux jours. Au bout du compte, le juge a décidé ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'ai également passé en revue les enregistrements sonores des audiences et je crois que le procureur l'a fait aussi, sauf pour M^e Bourgeois [un des substituts du procureur général qui avait opposé une défense à la motion en révocation de M^e Bertrand]. Il me semble très clair à partir des observations faites par M^e Beaulieu [alors l'avocate de l'accusé qui faisait l'objet de l'évaluation] et M^e Bertrand à l'époque, que M^e Beaulieu était très consciente du fait que le ministère public avait l'intention de transmettre l'information au médecin évaluateur, y compris les communications interceptées. Il est très clair également que M^e Beaulieu n'avait aucune objection concernant cette mesure proposée. La seule inquiétude qu'elle a soulevée était celle de pouvoir obtenir des copies exactes des documents que le ministère public allait faire parvenir à [REDACTED]. Si je me rappelle bien, elle a indiqué que cela ne leur posait pas de problème. Dans la présente motion, il est très clair pour moi que le sergent Janes, soit n'a pas été mis au courant de cette information et des échanges qui, de toute évidence, ont eu lieu entre le poursuivant et M^e Beaulieu, soit ne peut plus s'en rappeler. À mon avis, il serait manifestement injuste envers le sergent Janes de permettre à M^e Sleeth de poursuivre comme il se propose de le faire avec cette série de questions sans informer complètement le sergent Janes de tout le contexte de ces communications entre le poursuivant et M^e Beaulieu qui ont eu lieu jusqu'à et pendant l'audience du 24 mars 2009 concernant la communication de l'unité de disque dur à [REDACTED] et de tous autres documents y relatifs. Je ne suis pas convaincu que – étant donné l'information dont dispose maintenant M^e Sleeth sur cette

question, qu'il puisse continuer d'insister, de bonne foi, pour poursuivre cette série de questions sans informer le sergent Janes des renseignements connexes. À moins que le témoin soit informé de l'historique complet de la communication de l'unité de disque dur à [REDACTED], M^e Sleeth ne sera pas autorisé à poursuivre cette série de questions.

[71] Des journées durant, le sergent Janes a été contre-interrogé concernant ce qui aurait dû être une question relativement simple, soit la participation de M^e Bertrand durant la phase d'enquête sur cette affaire. Le contre-interrogatoire a souvent dépassé de beaucoup les objectifs de l'audience. Le sixième jour, le substitut du procureur général a soulevé une question de privilège à l'égard d'une série de questions particulières qui étaient posées. Cela a donné lieu à une autre demande du poursuivant formulée en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, laquelle a entraîné quelques jours de querelles sur des questions procédurales. Éventuellement, la Cour a consenti à s'engager dans l'audience proposée visée à l'art. 37 et a décidé de nommer un ami de la cour pour intervenir. L'ami de la cour aurait le pouvoir de contre-interroger les témoins à charge, de présenter des éléments de preuve, de soulever des questions de droit et de faire des observations sur les points soulevés durant l'audience. Sur une période de trois jours, des observations ont été faites sur le rôle et le mandat de l'ami de la cour, sur les questions techniques entourant sa rémunération ainsi que sur l'établissement d'une date pour l'audience tenue en vertu de l'art. 37.

[72] Par suite de l'audience tenue en vertu de l'art. 37, le juge du procès a rendu des ordonnances prescrivant la communication de certains documents, bien que certaines parties de ces documents aient été retranchées pour raison de privilège. La décision du juge a amené le ministère public à divulguer également d'autres documents [TRADUCTION] « correspondants » aux avocats de la défense. Il s'en est suivi un déluge de plaintes et d'arguments qui se sont étalés sur plusieurs jours concernant l'équité du procès, les obligations en matière de communication et l'inconduite de la police et du poursuivant. Les avocats de la défense ont fait connaître à la Cour leur intention de déposer une autre motion visant la suspension de l'instance.

[73] Le contre-interrogatoire du sergent Janes, qui avait été suspendu le 11 avril 2011, a repris le 29 août 2011, malgré les objections de la défense voulant qu'il soit encore reporté à plus tard. À un moment donné lors du contre-interrogatoire, l'échange suivant a eu lieu :

[TRADUCTION]

Q : Vous aviez convenu la dernière fois que vous avez témoigné qu'il était un agent, n'est-ce pas?

R : C'est vrai, Votre Seigneurie, mais cela était une erreur. Je – après avoir témoigné à ce sujet, j'ai quitté le palais de justice et je suis allé directement à mon bureau, j'ai vérifié la politique et après avoir vérifié celle-ci et la définition exacte du terme agent, j'ai réalisé que j'avais fait une erreur à la barre des témoins. En effet, j'ai appelé le sergent d'état-major Power et lui ai dit : [TRADUCTION] « Écoutez, je ne sais pas comment nous allons traiter cette affaire, mais je – j'ai dit que Ron Jackson était – était un agent, et je sais qu'il n'est pas un agent. » Je m'étais mêlé avec l'entente d'immunité et j'ai fait une erreur concernant une partie de la définition du terme agent, selon la politique de la GRC. Et en effet, je m'excuse auprès de la Cour, Votre Seigneurie, je – ce n'était pas – ce n'était absolument pas intentionnel. Le ministère public n'avait rien à gagner – ni la police en disant qu'il était un agent et j'ai tout simplement – j'ai fait une erreur et je – je m'en excuse.

[74] Il va sans dire que le témoin avait été averti de ne pas discuter de son témoignage à l'extérieur de la salle d'audience une fois que le contre-interrogatoire avait débuté. La divulgation franche et spontanée qu'il a fournie concernant le fait qu'il avait discuté de son témoignage a soulevé, de la part de la défense, d'autres allégations d'inconduite. L'avalanche de propos hyperboliques de la défense a atteint son paroxysme lorsqu'un des avocats, faisant référence au témoignage qu'il venait d'entendre, a dit : [TRADUCTION] « Pour la première fois en presque trois décennies que je comparais devant les tribunaux, je suis au point d'en devenir physiquement malade ».

[75] Le lendemain, le 31 août 2011, les accusés ont présenté une motion afin que le sergent Janes soit déclaré coupable d'outrage au tribunal et que la procédure soit déclarée abusive. Après avoir entendu plusieurs heures d'argumentation, le juge du procès a décidé que le contre-interrogatoire devrait se poursuivre. Il n'était pas disposé à ajourner encore une fois l'audition de la motion en révocation de M^e Bertrand qui avait été entamée en mars. Le contre-interrogatoire du sergent Janes a repris le 31 août, mais a été interrompu encore une fois lorsque les avocats de la défense ont demandé d'obtenir une copie des notes qu'il avait prises en avril 2011. Il s'en est suivi d'autres arguments sur le caviardage de ses notes. Les arguments se sont poursuivis le lendemain aussi.

[76] À la reprise de l'instance, le 7 septembre, le substitut du procureur général a demandé la permission de s'entretenir avec le sergent d'état-major Power, qui avait été exclu de la procédure. Les avocats de la défense se sont opposés. Le juge a rejeté la demande. Le sergent Janes est retourné à la barre des témoins pour la reprise de son contre-interrogatoire. Presque immédiatement, le substitut du procureur général s'est opposé à toute communication de l'entretien qui avait eu lieu entre le sergent Janes et le sergent d'état-major Power concernant l'erreur perçue commise par le sergent Janes pendant qu'il témoignait en avril. Le procureur a demandé à la Cour de tenir une autre audience en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cette demande a donné lieu à une autre journée et demie d'argumentation sur la procédure et à une autre demande de la part de la défense afin d'obtenir une suspension de l'instance. Le juge a refusé la suspension de l'instance et a décidé qu'il tiendrait une autre audience en vertu de l'art. 37, cette fois sans l'aide d'un ami de la cour. D'autres arguments ont été soulevés. Les avocats de la défense se sont même opposés à ce que les deux témoins que le poursuivant entendait appeler à l'audience tenue en vertu de l'art. 37 soient informés de la nature de l'audience. Une fois terminée l'audience tenue en vertu de l'art. 37 et après la remise aux avocats de la défense d'une transcription caviardée, plusieurs jours additionnels d'argumentation se sont écoulés, au bout desquels le juge a rejeté en général la revendication de privilège et a ordonné la communication de certaines parties de la transcription caviardée.

[77] Le ministère public avait demandé que soit limitée la poursuite du contre-interrogatoire du sergent Janes, mais il a retiré cette demande. Il a demandé plus de temps pour réfléchir à la position qu'il adopterait. Lorsque l'affaire a repris, le ministère public a modifié sa position et une fois de plus a demandé que le contre-interrogatoire soit limité. Il a soutenu que la procédure s'éloignait de beaucoup de ce qui constituait des questions légitimes sur des points pertinents et qu'elle portait atteinte au droit du public à une résolution de l'affaire sur le fond et en temps utile. En particulier, le ministère public a fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

À moins qu'une preuve de conduite répréhensible flagrante soit présentée à la Cour, et ce critère préliminaire – c'est – ce critère a été établi tout récemment dans l'arrêt *Nixon*, de la Cour suprême du Canada, mais également dans la décision *Tower*. L'arrêt *Nixon* se trouve à [[2011] A.C.S. n° 34]. Et je peux donner le renvoi de la décision *Tower* à la Cour, mais je ne l'ai pas à portée de la main, toutefois, je puis certainement l'obtenir. À moins qu'une preuve du critère préliminaire de la conduite répréhensible flagrante – il est difficile pour la Cour de s'engager dans [inaudible] sur un terrain qui relève strictement de la compétence exclusive du procureur général. La compétence exclusive étant – un de ces éléments est celui de la décision de savoir qui le procureur général nommera pour poursuivre une affaire. Si la – si la Cour s'engage dans cette enquête ou poursuit celle-ci – le fait pour la Cour de s'engager dans cette instruction équivaudrait essentiellement à exercer une surveillance sur le ministère public. Voilà le problème qui inquiète beaucoup le ministère public. Maintenant, la position du ministère public est que la Cour peut – peut reprendre compétence en cessant l'enquête ou en mettant fin à l'instruction et en revenant à sa fonction propre, je suppose, fonction qui consiste à évaluer au fond la poursuite engagée contre les accusés.

[78] Plus tard, le ministère public a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Mais cette question de compétence est – bien qu'il s'agisse d'une inquiétude profonde pour – pour le ministère public, ce que nous affirmons est que, pourvu que nous sachions

que cette affaire prendra très bientôt fin, la question de la compétence peut – la compétence peut être reprise par la Cour une fois que l’affaire arrivera rapidement à sa fin et que nous retournerons à la question de déterminer le – le bien-fondé réel des accusations portées contre les accusés.

[79] Voici la réplique du juge à cette observation :

[TRADUCTION]

LA COUR : L’argument a été soulevé initialement par M^e Bourgeois, au tout début de l’audition de la motion, n’est-ce pas? Si je me souviens bien – je n’ai pas eu l’occasion de revoir mes – mes décisions à ce sujet, mais il me semble qu’il s’agit d’une question qui a été soulevée, et je soupçonne que je l’ai tranchée à ce moment-là en concluant que la preuve permettant de procéder à l’audition de la motion était suffisante. C’est bien là où nous sommes parvenus.

[80] Le 26 octobre 2011, les substituts du procureur général ont demandé la possibilité de présenter leurs observations sur la question de la compétence en déposant une motion officielle avec documents à l’appui. Comme ils l’avaient fait pour à peu près toutes les demandes présentées par le poursuivant, les avocats de la défense se sont vigoureusement opposés à cette motion. Toutefois, la Cour y a consenti.

s) *Motion omnibus de la défense*

[81] Le 2 novembre 2011, les avocats de la défense ont déposé un avis de motion qui a été appelé au cours du débat [TRADUCTION] « motion omnibus ». Aucune date n’a jamais été fixée pour l’audition de cette motion, donc elle est demeurée parmi celles qui restaient à entendre. Dans leur avis de motion, les avocats de la défense sollicitaient la suspension et l’ajournement de la motion en révocation de M^e Bertrand, ainsi que l’instruction de leur motion omnibus avant l’audition de toute autre procédure. De plus, ils sollicitaient une suspension de l’instance en invoquant le par. 24(1) de la *Charte* et la levée de toutes les interdictions de publication. Par ailleurs, ils sollicitaient

l'audition hâtive de la demande d'ordonnance pour outrage au tribunal qu'ils avaient présentée contre le sergent Janes.

[82] S'agissant de la demande visant la suspension de l'instance, les accusés ont soutenu que [TRADUCTION] « la conduite du ministère public et de la police est, en l'espèce, de nature à donner lieu aux mesures réparatoires associées à chacune des catégories d'abus de procédure ». Ils fondent leur allégation sur leur prétention concernant [TRADUCTION] « la communication tardive ou partielle, ou le manque de communication d'éléments de preuve en la possession de la police et du ministère public, ainsi que sur la qualité de certains éléments de preuve substantiels qui ont été fournis ».

t) *Motion du poursuivant en récusation*

[83] La motion omnibus de la défense a dû faire place à une motion déposée par le poursuivant le 27 octobre 2011. Le 2 novembre, le ministère public a déposé un avis de motion modifié. La principale différence entre l'avis de motion initial et l'avis de motion modifié portait sur la mesure réparatoire sollicitée. Dans l'avis initial, le poursuivant sollicitait un nouveau procès, ou, subsidiairement, une suspension judiciaire des procédures. Dans la version modifiée, il sollicitait la récusation du juge, non pas pour des motifs qu'il avait dit ou fait quoi que ce soit démontrant une partialité en faveur de la défense, mais plutôt pour le motif qu'en entamant et en poursuivant une enquête sur la question de la révocation de M^e Bertrand, il avait, à mauvais droit, placé la Cour en situation de surveillance par rapport au ministère public. Le 8 novembre, en raison d'observations qu'il avait faites au juge la veille, le ministère public a déposé une troisième version de l'avis de motion dans laquelle un paragraphe avait été ajouté à la rubrique [TRADUCTION] « Preuve à l'appui des ordonnances sollicitées ». Dans le nouveau paragraphe, le ministère public avait abandonné sa position antérieure, selon laquelle il affirmait ne pas prétendre que le juge avait fait preuve de partialité en faveur de la défense.

[84] Un des avocats de la défense a résumé cette partie de la procédure comme suit :

[TRADUCTION]

[...] c'est la cinquième modification. M^e Gregory dit qu'il y a eu trois motions. Cependant, il y a eu trois documents intitulés avis de motion, mais ils ont présenté cinq documents. Un document, en particulier, était l'avis de motion qu'ils ont déposé le 26 octobre, et dans ce document ils ont, en fait, reconnu essentiellement ce que M^e Sleeth affirmait. Ils sollicitaient deux mesures réparatoires, deux ordonnances. La première était un nouveau procès, étant donné les inquiétudes qu'ils avaient au sujet d'une erreur de compétence qui avait été commise par la Cour. Et puis, ils ont reconnu que si cette demande d'ordonnance était rejetée, ils n'auraient pas d'autre choix que de vous demander d'inscrire une suspension judiciaire, étant donné le dilemme que cela présente. Et ce n'est qu'un – ce n'est qu'un exemple de type particulier de mesure réparatoire à laquelle ils songent, et ils sont arrivés à une opinion complètement différente quatre jours plus tard lorsque nous avons reçu un courriel. Maintenant, ils n'ont pas déposé cela en Cour et – et, essentiellement, dans ce courriel particulier, ils ont indiqué qu'il allait y avoir une motion révisée et qu'ils allaient remplacer le terme [TRADUCTION] « nouveau procès », utilisé dans la motion antérieure, par le terme [TRADUCTION] « nullité du procès ». Et la deuxième mesure réparatoire qu'ils sollicitaient était l'exclusion des audiences tenues en vertu de l'art. 37. Donc, le 31 octobre, dans le genre de métamorphose qu'ils subissaient, et selon le flux et le reflux de l'exercice auquel ils se livraient, ils ont dit qu'ils allaient demander une exclusion des dossiers des audiences tenues en vertu de l'art. 37, mais tout de suite après, le 2 novembre, ils se présentent en indiquant qu'ils veulent [...] l'inclusion des dossiers des audiences de la Cour tenues en vertu de l'art. 37.

[85] Après plusieurs jours d'arguments sur la question de savoir si le dossier de la motion devrait inclure quoi que ce soit ayant trait à l'audience tenue en vertu de l'art. 37, si ce n'est le simple fait que la Cour avait réellement tenu une telle audience, le juge du procès a rendu la décision suivante :

[TRADUCTION]

[...] Les parties *ex parte* des audiences tenues en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui n'ont pas été divulguées aux accusés et pour lesquelles ils ont été exclus des audiences, ne seront pas incluses dans le dossier de la motion du ministère public sollicitant ma récusation de la présente affaire, laquelle a été formulée sur le fondement d'une crainte de partialité, d'une partialité réelle ou d'une perte d'impartialité à l'égard du ministère public.

[86] L'audition de la motion du ministère public a débuté le 28 novembre 2011. Elle était précédée d'une demande de la défense en vue d'obtenir davantage de temps de préparation, demande qui a été refusée. L'audience s'est poursuivie les 29 et 30 novembre et une décision a été rendue le 9 décembre 2011. La principale ordonnance sollicitée dans la motion du ministère public était énoncée en ces termes :

[TRADUCTION]

Conformément à la *Loi constitutionnelle*, 1867 et 1982, et conformément à la common law, le juge du procès se récuse de l'audition de toutes autres procédures dans cette affaire pour cause de crainte de partialité, de partialité réelle ou de perte d'impartialité à l'égard du ministère public.

[87] Subsidiairement, le ministère public demandait, dans l'éventualité où la récusation serait refusée, que le juge rende une ordonnance limitant la poursuite du contre-interrogatoire du sergent Mark Janes et interdise l'appel ou le rappel de tout témoin concernant la motion visant l'abus de procédure dans laquelle la révocation du substitut du procureur général était sollicitée.

[88] Voici les principaux moyens invoqués pour solliciter la mesure réparatoire : 1) [TRADUCTION] « une crainte de partialité, une partialité réelle ou une perte d'impartialité est soulevée du fait que la Cour s'est engagée dans une enquête, ou a poursuivi une enquête, sur le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites sans qu'il y ait preuve admissible ou autre preuve d'apparence d'inconduite assimilable à une "conduite répréhensible flagrante" de la part du ministère public »; 2) [TRADUCTION]

« le fait que la Cour se soit engagée dans une enquête sur les actions du ministère public et de la GRC, ou qu'elle ait poursuivi cette enquête, sans la preuve d'une "conduite répréhensible flagrante" la place dans un rôle de surveillance par rapport au ministère public et entraîne une perte d'impartialité ». D'autres moyens avaient été soulevés, que le juge du procès estimait secondaires, à savoir qu'en s'engageant dans l'enquête et en poursuivant l'enquête, la Cour [TRADUCTION] « mettait considérablement à risque le privilège de l'intérêt public », portait atteinte à un intérêt de la société à ce que des accusations criminelles soient instruites au fond dans un délai raisonnable, et violait [TRADUCTION] « le droit du ministère public à obtenir un procès équitable, principe accessoire incorporé dans l'al. 11*d*) de la [Charte] ».

[89] Le juge du procès a refusé d'accorder tant les principales réparations sollicitées que les réparations secondaires. Après avoir examiné les moyens énoncés à l'appui de la motion, le juge a décrit la procédure qui avait mené à la motion en récusation déposée par le ministère public. Les points suivants valent la peine de mentionner :

1. La motion en récusation déposée par le ministère public arrive environ sept mois après le début de l'audition de la motion en révocation du M^e Bertrand.
2. La révocation de M^e Bertrand a été sollicitée quelque peu après que la défense eut pris connaissance, vers la fin de 2010, du fait que M^e Bertrand remplacerait un membre de l'équipe du ministère public qui avait accepté un nouveau poste ailleurs et qu'il assumerait un rôle important dans l'audition de la demande imminente de type *Garofoli/Wilson*.
3. Les allégations soulevées contre M^e Bertrand étaient, essentiellement, que ses divers rôles dans l'affaire, d'abord à titre d'avocat-conseil auprès du ministère public pendant l'enquête et lorsque la demande d'autorisation d'écoute électronique a été faite, puis en tant qu'avocat chargé de la communication des documents pour le compte du ministère public qui avait été consulté sur à peu près chaque élément faisant l'objet de la

demande de communication, faisait de lui une partie à l'enquête, de sorte qu'il perdait l'objectivité auquel on peut s'attendre d'un poursuivant et que sa participation continue au procès et aux procédures préalables au procès constituerait un abus de procédure.

4. Les accusés ont fait connaître leur intention de solliciter l'autorisation d'appeler M^e Bertrand comme témoin concernant la demande de type *Garofoli/Wilson*.
5. Au moment du dépôt de la motion en récusation par le ministère public, sept témoins avaient terminé leur témoignage, un huitième témoin subissait alors son contre-interrogatoire, et le juge s'était penché sur deux demandes présentées en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*.
6. Lorsque la première motion en révocation de M^e Bertrand a été rejetée pour le motif que la défense avait omis et refusé d'énoncer les moyens et les éléments de preuve servant de fondement à sa demande de révocation de M^e Bertrand, elle a été rejetée sous toute réserve du droit de la défense de déposer une nouvelle motion, ce qui avait été [TRADUCTION] « proposé et demandé par le ministère public ».
7. Après le dépôt de la deuxième motion en révocation de M^e Bertrand, le ministère public a présenté une autre demande de rejet, mais cette fois-ci, le juge a conclu que [TRADUCTION] « le critère préliminaire en matière de preuve avait été rempli ».
8. Durant son contre-interrogatoire, le sergent Janes a révélé pour la première fois l'existence d'une déclaration qui n'avait pas été auparavant communiquée aux accusés.
9. Cette révélation a mené à la tenue d'une audience en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, après quoi le juge a conclu que la grande partie de la déclaration pouvait être divulguée, puisque le privilège d'intérêt public qui avait été revendiqué ne pouvait être justifié pour la grande partie de la déclaration.

10. Lorsque le contre-interrogatoire du sergent Janes a repris, celui-ci a révélé qu'il avait discuté de son témoignage avec un agent supérieur, malgré une directive de la Cour l'enjoignant à ne pas en discuter avec qui que ce soit pendant qu'il subissait son contre-interrogatoire.
11. Cette révélation a mené à une autre audience tenue en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*.
12. Avant que des observations soient faites sur la question du caviardage de la preuve entendue lors de cette audience *ex parte*, le substitut du procureur général a demandé qu'il soit ordonné que toute question posée au sergent Janes lors de son contre-interrogatoire relativement à l'une ou l'autre des deux personnes nommées soit suivie d'une courte pause, afin de permettre au ministère public d'évaluer l'incidence que cette question pourrait avoir sur le privilège d'intérêt public qui était revendiqué et, le cas échéant, de s'opposer à la question.
13. Après que le juge du procès eut rendu sa décision concernant le caviardage de la transcription de la dernière audience tenue en vertu de l'art. 37, le ministère public, ayant fait savoir qu'il ne porterait pas la décision en appel, a retiré sa demande d'ordonnance relative au contre-interrogatoire du sergent Janes.
14. Le ministère public a également fait savoir qu'il renonçait à sa revendication de privilège d'intérêt public, ainsi, l'opposition formulée en vertu de l'art. 37 a été rejetée.
15. Lorsque l'instance a repris, le ministère public a fait savoir qu'il avait décidé de modifier sa position et qu'il demanderait que des limites soient imposées au contre-interrogatoire du sergent Janes.
16. La demande, formulée par la suite par écrit, était plus large que celle qui avait été formée plus tôt, étant donné qu'elle cherchait à limiter la poursuite du contre-interrogatoire du sergent Janes et à empêcher l'appel ou le rappel de tout témoin relativement à la motion en révocation de M^e Bertrand.

17. Plus tard, le ministère public a déposé sa « demande » sous forme de motion officielle, mais la réparation sollicitée était considérablement différente, en ce sens qu'il demandait maintenant une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès [TRADUCTION] « en raison d'une erreur de droit constitutionnel commise par la Cour » et, subsidiairement, une suspension judiciaire de l'affaire. La « demande » ne visait plus l'établissement de limites quant à l'interrogatoire du sergent Janes ou concernant le déroulement de l'audition de la motion en révocation de M^e Bertrand.
18. Avant l'audition de la motion, le ministère public a déposé un avis de motion modifié dans lequel il renonçait à sa demande visant la tenue d'un nouveau procès et demandait plutôt la récusation du juge ou, subsidiairement, l'établissement de limites relativement au contre-interrogatoire du sergent Janes et des directives concernant le déroulement du reste de l'audition de la motion en révocation de M^e Bertrand.
19. Le ministère public a par la suite déposé un nouvel avis de motion modifié dans lequel il décrivait la preuve qu'il voulait inclure dans le dossier de la demande visant la récusation du juge.

[90] Le juge du procès a ensuite expliqué pourquoi il avait décidé que le dossier de la motion en récusation n'inclurait pas les parties des audiences tenues en vertu de l'art. 37 qui n'avaient pas été divulguées aux accusés. Il a expliqué que le ministère public affirmait que toute crainte de partialité, partialité réelle ou perte d'impartialité [TRADUCTION] « n'était pas fondée sur des propos particuliers ou sur une conduite ou une action précise de la Cour pendant les audiences *ex parte* », mais plutôt sur le fait que la Cour s'était [TRADUCTION] « engagée dans un examen de la conduite du ministère public en procédant à l'instruction de la [motion en révocation de M^e Bertrand] ». Par conséquent, selon le juge, [TRADUCTION] « le dossier du contenu des audiences *ex parte* tenues en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* serait non pertinent, et s'il n'était pas tout à fait non pertinent, il serait de valeur probante très limitée », et la position désavantageuse dans laquelle se trouveraient les accusés s'ils devaient fournir

une réponse à une motion très importante sans connaître l'étendue de la preuve l'emporterait sur cette valeur probante très limitée.

[91] Ensuite, le juge s'est penché sur la [TRADUCTION] « question du critère préliminaire ». Il a expliqué pourquoi il avait refusé d'entendre la première motion en révocation de M^e Bertrand, affirmant qu'il avait insisté dès le départ sur le fait que toute motion visant une réparation préalable au procès ou une réparation fondée sur la *Charte* devait être formulée par écrit et devait répondre à certaines exigences précises. La première motion en révocation de M^e Bertrand ne répondait pas aux exigences, donc elle ne remplissait pas le [TRADUCTION] « critère préliminaire permettant à la Cour de déterminer si » la motion devait être entendue.

[92] S'agissant de cette question du [TRADUCTION] « critère préliminaire » dans la deuxième motion en révocation de M^e Bertrand, le juge a expliqué que les documents déposés remplissaient les exigences qu'il avait imposées aux parties qui souhaitaient présenter une motion en vue d'obtenir une réparation préalable au procès ou une réparation fondée sur la *Charte*, c'est pourquoi il a décidé que la motion serait entendue. Le juge considérait la motion en récusation présentée par le ministère public comme [TRADUCTION] « essentiellement une demande afin [qu'il] réexamine [sa] décision antérieure sur la question du critère préliminaire ».

[93] Le juge a fait remarquer qu'il avait tranché la question du « critère préliminaire » à l'audition de la deuxième motion en révocation de M^e Bertrand, sans fournir de motifs, qu'il avait l'intention de donner plus tard. Il a expliqué brièvement pourquoi il avait autorisé l'audition de la deuxième motion en révocation de M^e Bertrand, en affirmant qu'il l'avait fait parce qu'il [TRADUCTION] « était convaincu que même si la preuve et le dossier n'étaient certainement pas déterminants pour ce qui avait trait aux prétentions des accusés [...] il y avait suffisamment de preuve, et les circonstances étaient telles que, selon [lui], l'audience [...] devrait se poursuivre et les accusés ne devraient pas être empêchés de poursuivre leur motion ».

[94] Le juge du procès a alors examiné la thèse du ministère public sur la « question du critère préliminaire », en soulignant que celui-ci invoquait des décisions telles *Nixon, R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, [1994] A.C.S. n° 29 (QL), et *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, [1997] A.C.S. n° 33 (QL). En s'appuyant sur l'arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il a reconnu le principe de l'indépendance de la charge de procureur général, dans laquelle les tribunaux ne doivent pas s'ingérer, sauf en cas de « conduite répréhensible flagrante ». Il a ensuite examiné les éléments du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites qui appartient au procureur général, puis il a souscrit à l'argument du ministère public selon lequel la nomination d'une personne en particulier pour mener la poursuite d'une affaire s'inscrit dans ces éléments. À son avis, [TRADUCTION] « une ordonnance éventuelle prescrivant la révocation d'un procureur en particulier dans une affaire, ou la limitation de sa participation dans cette affaire, n'a pas pour effet d'empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire “essentiel” en matière de poursuites du procureur général ou d'y nuire ».

[95] Le juge du procès a alors examiné les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Nixon*, arrêt publié après la décision d'entendre la motion en révocation de M^e Bertrand. Le juge a reconnu l'importance de certaines observations faites dans l'arrêt *Nixon*, mais il n'estimait pas que ces observations pouvaient avoir une incidence sur son opinion selon laquelle la décision d'entendre [TRADUCTION] « une motion visant à révoquer un procureur particulier ou à limiter son rôle dans un procès donne lieu à une ingérence assimilable à la surveillance ou au contrôle d'un pouvoir discrétionnaire “essentiel” en matière de poursuites ». Quoiqu'il en soit, il a conclu que, même s'il avait commis une erreur dans sa décision sur la question du critère préliminaire, cette erreur ne saurait être qualifiée d'erreur entraînant une perte de compétence, mais constituerait plutôt une erreur de droit pouvant faire l'objet d'un contrôle en appel.

[96] Le juge a ensuite examiné un argument que le ministère public avait soulevé à l'audition de la motion en récusation. Cet argument n'avait pas été soulevé comme moyen dans aucune des versions de l'avis de motion du poursuivant. Il se

rapportait au fait que le juge n'avait pas fourni de motif concernant sa décision sur la question du « critère préliminaire ». Le juge a affirmé qu'il avait insisté [TRADUCTION] « tout au long de la procédure sur le fait que toutes les motions préalables au procès qui seraient présentées devaient inclure les détails de la réparation sollicitée, les moyens à l'appui de la demande de réparation ainsi que la preuve étayant celle-ci ». Il a fait remarquer que le ministère public avait confirmé qu'il [TRADUCTION] « ne se fondait pas sur des propos particuliers ou sur une conduite ou une action précise » du juge pour lui demander de se récuser de l'affaire. Qui plus est, le juge a souligné que [TRADUCTION] « le ministère public ne pouvait invoquer aucune source jurisprudentielle à l'appui de sa prétention selon laquelle un tribunal de première instance était tenu de fournir des motifs en tranchant une motion préliminaire sur une question de critère préliminaire, s'agissant d'une motion en vue d'obtenir une réparation fondée sur la *Charte* dans une affaire criminelle, avant que soit terminée l'audition comme telle de la motion présentée en vertu de la *Charte* ». Le juge a conclu que l'argument était sans fondement. Il n'avait aucune incidence sur la question de savoir si le juge avait outrepassé sa compétence et empiété sur le domaine interdit de surveillance du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[97] Non seulement le juge du procès a-t-il rejeté la demande visant sa récusation de l'affaire, mais il a aussi refusé d'accorder au poursuivant une ordonnance prescrivant la limitation du contre-interrogatoire. Il a fait remarquer que cette dernière demande visait non seulement la motion en révocation de M^e Bertrand, mais aussi toute autre motion déposée dans l'instance. Il a signalé qu'aucun argument oral n'avait été présenté sur ce point, même si le mémoire sur le droit déposé par le ministère public contenait des observations à cet égard. En définitive, le juge ne pouvait établir de fondement juridique susceptible de justifier la limitation du contre-interrogatoire dans la motion en révocation de M^e Bertrand ou dans toute motion future.

(3) Acquittements

[98] Le 15 décembre 2011, l'instance a repris. À ce stade, le substitut du procureur général a informé le juge du procès de ce qui suit : [TRADUCTION] « À la lumière de la décision rendue le 9 décembre 2011 rejetant la demande de récusation formulée par le ministère public et refusant à celui-ci sa demande subsidiaire de limitation à l'avance du contre-interrogatoire des témoins [...], le ministère public informe la Cour du fait que la poursuite de cette affaire n'est plus viable ». Le procureur a ajouté : [TRADUCTION] « Le ministère public ne présentera aucun élément de preuve au procès ». La défense a alors présenté des motions en vue d'obtenir des verdicts imposés et des demandes visant la levée des interdictions de publication qui avaient été rendues auparavant ainsi que la remise aux accusés des articles qui avaient été saisis. Dans les circonstances, le juge du procès a accueilli les motions visant l'obtention de verdicts imposés et acquitté tous les accusés. Le juge a prononcé la levée de toutes les interdictions de publication imposées en application du paragraphe 648(1) du *Code criminel*, sauf celles ayant trait soit à des renseignements protégés, soit à des procédures dont le contenu avait été jugé protégé puisque les procédures s'étaient déroulées en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Qui plus est, le juge a levé toutes les conditions de la mise en liberté sous caution et a ordonné que, si les parties ne pouvaient s'entendre sur la remise des articles saisis, elles pouvaient demander à la Cour de leur fournir des directives supplémentaires.

[99] Le même jour, une ordonnance provisoire rétablissant les interdictions de publication a été rendue par la Cour d'appel, mais cette ordonnance prescrivait, toutefois, que l'affaire soit examinée le 29 décembre 2011. L'audience en révision a été plus tard reportée au 23 janvier 2012, date à laquelle l'ordonnance a été prolongée jusqu'à ce qu'une décision sur l'appel soit rendue.

III. Questions soulevées en appel

[100] Les moyens d'appel énoncés dans l'avis d'appel original et repris dans l'avis d'appel additionnel sont les suivants :

[TRADUCTION]

- 1) Le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de protéger un privilège d'intérêt public reconnu lorsqu'il a refusé de limiter les contre-interrogatoires sur certains sujets précis que la Cour savait être des renseignements protégés.
- 2) Le juge du procès a commis une erreur de droit en entamant et en poursuivant une enquête portant sur la nomination de substituts du procureur général, cette nomination procédant d'un pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites ou en constituant un élément fondamental. Le juge du procès a procédé ainsi sans motif pour le faire, outrepassant ainsi la compétence constitutionnelle de la magistrature, en violation de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la primauté du droit. Cela a soulevé une crainte raisonnable de partialité judiciaire ou une partialité réelle de la part du juge du procès. Le juge du procès a, par conséquent, commis une erreur de droit en omettant de se récuser de l'affaire ainsi que lui demandait de le faire l'appelante.
- 3) Le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de reconnaître l'intérêt de la société à ce que les accusations soient instruites au fond dans un délai raisonnable, principe intégré au droit d'un accusé à un procès dans un délai raisonnable, droit qui est garanti par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[101] Cependant, lorsque le procureur général a déposé son mémoire, les moyens étaient moins larges et portaient uniquement sur ce que le procureur général a appelé [TRADUCTION] « le contrôle extrajudiciaire » des substituts du procureur général. Les questions plus larges que soulevaient les moyens d'appel originaux ont été abandonnées. Par conséquent, l'appel portait uniquement sur les questions suivantes :

- 1) Le juge du procès a présidé une audience de contrôle judiciaire de la nomination, de l'affectation et des actions des substituts du procureur général sans autorité constitutionnelle pour le faire. Cette démarche a eu pour effet de compromettre tant l'indépendance du procureur général que celle de la Cour. Cet exercice extrajudiciaire de pouvoir découle du fait que le juge du procès n'a pas respecté les conditions préalables susceptibles de faire en sorte qu'un tel contrôle judiciaire s'inscrive dans les limites de la compétence de la cour, plus précisément le respect du « critère préliminaire en matière de preuve ».
- 2) Le juge du procès a omis de protéger un privilège en refusant d'imposer des limites appropriées aux contre-interrogatoires pendant le contrôle extrajudiciaire des substituts du procureur général.
- 3) Le juge du procès a omis de gérer l'instance de manière à prévenir la multiplication et la prolixité menant au contrôle extrajudiciaire des substituts du procureur général. Cette omission a porté atteinte à l'intérêt public à ce que le procureur général poursuive les accusations au fond, dans le cadre d'un procès équitable tenu dans un délai raisonnable.

[102] Sur le fondement de ces moyens, le procureur général sollicitait l'annulation des verdicts et la tenue d'un nouveau procès. Dans l'avis d'appel original, le procureur général avait demandé à notre Cour d'ordonner que le nouveau procès soit entamé sans que les ordonnances judiciaires rendues avant le 1^{er} janvier 2011 soient touchées. Dans l'avis d'appel additionnel, le procureur général a abandonné cette demande.

IV. Analyse

A. *Questions préjudicielles*

[103] Les arguments du procureur général portaient sur certaines questions préjudicielles. À mon avis, la troisième question préjudicielle est déterminante pour le présent appel.

(1) Compétence du tribunal d'appel

[104] La première question préjudicielle a trait à la compétence de notre Cour pour entendre un appel d'un verdict d'acquiescement imposé. Se reportant à l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, [1985] A.C.S. n° 53 (QL), le procureur général a soutenu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Peu importe la description du moyen par lequel il est mis fin à la procédure, si le juge « met définitivement un terme aux procédures en faveur de l'accusé, je suis alors d'avis que, peu importe la terminologie utilisée, elle équivaut à un jugement ou verdict d'acquiescement dont Sa Majesté peut par conséquent interjeter appel ».

[105] Dans l'affaire *Jewitt*, une suspension de l'instance imposée par le juge avait mis fin à l'instance. L'article 605 du *Code criminel*, tel qu'il était rédigé à l'époque, autorisait généralement le ministère public à interjeter appel uniquement « contre un jugement ou verdict d'acquiescement d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement » (par. 28), ainsi que dans d'autres situations très limitées. Par conséquent, la Cour suprême a conclu qu'une suspension de l'instance équivalait à un acquiescement, ainsi, le ministère public pouvait interjeter appel de la suspension de l'instance sur un point de droit seulement. Le *Code criminel* a depuis ce temps été modifié pour tenir compte de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Jewitt* : par. 676(1).

[106] Quoi qu'il en soit, il ne fait absolument aucun doute que l'appel en l'espèce découle des verdicts d'acquiescement, parce que ce sont ces verdicts qui ont mis fin à l'instance. Je conviens avec le procureur général que le fait que les acquiescements sont le résultat de verdicts imposés est sans importance. Les intimés n'ont pas soutenu le contraire. Par conséquent, il est facile de trancher rapidement cette question préjudicielle. Pour parler simplement, notre Cour a effectivement compétence pour rendre une décision sur le présent appel sur une question de droit seulement.

(2) Limite du contrôle en appel

[107] La deuxième question préjudicielle a trait aux limites du contrôle en appel. Le procureur général soutient que la décision de ne présenter aucun élément de preuve au procès ne peut être soumise au contrôle de notre Cour. Je ne rejette pas cette prétention, qui trouve appui dans l'arrêt *Power*. Dans cette affaire, des éléments de preuve avaient été exclus au procès, ce qui avait amené le poursuivant à ne pas présenter d'autre preuve et avait entraîné un acquiescement. La juge L'Heureux-Dubé, rendant jugement au nom de la majorité de la Cour, a conclu que le tribunal d'appel n'a pas le droit de se pencher sur la question de savoir si le ministère public a agi de façon raisonnable en refusant de présenter d'autres éléments de preuve, parce que cela équivaldrait, autrement, à « envahir le domaine exclusif du ministère public [...] à s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite » et serait « contraire à la primauté du droit [et] également contraire à l'intérêt d'une bonne et efficace administration de la justice » (par. 26). Le pouvoir d'un tribunal d'appel est limité au « pouvoir général de contrôler sa procédure en cas d'abus » (par. 27), un pouvoir discrétionnaire qui devrait uniquement être exercé dans les « cas les plus manifestes », lorsqu'il est conclu que « les procédures examinées sont injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (par. 12). Elle a expliqué qu'il y avait des motifs valables d'intérêt public pour interdire la révision judiciaire du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, sauf en cas d'abus de procédure.

[108] Par conséquent, même si je partage l'avis du procureur général sur le fait que la décision de ne pas présenter d'éléments de preuve au procès ne peut faire l'objet d'un contrôle, il est clair en droit que l'effet de cette décision n'est pas sans être susceptible d'appel. L'arrêt *Power* appuie la proposition que même si le tribunal d'appel ne peut réviser la décision discrétionnaire du ministère public de ne pas présenter d'éléments de preuve, le tribunal peut tout de même rejeter un appel s'il conclut que la décision de ne pas présenter d'éléments de preuve constitue un abus de procédure. Il y a abus de procédure lorsque la décision de mettre fin immédiatement à la procédure, pour ensuite interjeter appel, est injuste au point d'être contraire à l'intérêt de la justice. Comme il est expliqué dans la section suivante, je disposerais du présent appel sur ce fondement.

(3) Appels interlocutoires

[109] La troisième question préjudicielle est celle de savoir si le présent appel est effectivement une tentative de contourner la règle interdisant les appels interlocutoires. Le procureur général fait valoir que ce n'est pas le cas, pour deux raisons : 1) le ministère public a mis fin à la poursuite de l'affaire afin de protéger un privilège; 2) la règle interdisant les appels interlocutoires ne s'applique pas parce que la décision du juge ne s'inscrivait pas dans sa compétence constitutionnelle.

[110] Avec égards, je tire une conclusion opposée, et c'est sur le fondement de cette conclusion que je suis d'avis de rejeter l'appel.

[111] Il n'est pas nécessaire de citer des sources justifiant la proposition selon laquelle les appels sont une création de la loi. En common law, il n'existait pas de droit d'appel. Il est un principe établi selon lequel, dans des affaires de droit criminel, nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la partie XXI et la partie XXVI du *Code criminel* ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels. Ce principe est maintenant codifié à l'art. 674 du *Code criminel*. Ces parties du *Code* ne contiennent aucune disposition prévoyant qu'il est possible

d'interjeter appel d'une ordonnance ou d'une décision interlocutoire, c'est-à-dire une ordonnance rendue durant le procès qui n'a pas pour effet de mettre fin à l'instance. Sauf dans le cas de « Recours extraordinaires », ainsi qu'il est prévu à la partie XXVI, les appels interjetés par le procureur général auprès d'un tribunal d'appel provincial sont limités aux situations énoncées à l'art. 676 du *Code criminel*.

[112] Les raisons de principe qui sous-tendent l'interdiction des appels de décisions ou d'ordonnances interlocutoires sont nombreuses. Elles sont toutes expliquées dans l'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, [1993] A.C.S. n° 45 (QL) :

Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu.

Diverses raisons de principe militent en faveur de l'adoption d'une procédure qui limite les droits d'appel. Parfois, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de donner la possibilité d'obtenir d'autres opinions. Par exemple, un tribunal de première instance est mieux placé pour apprécier les faits. Ainsi, la plupart des appels en matière criminelle se limitent à des questions de droit ou à des questions mixtes de droit et de fait. Une autre raison de principe, qui a son importance dans l'affaire dont notre Cour est saisie, est que le règlement final de poursuites, particulièrement celles de nature criminelle, ne devrait pas être retardé inutilement. Cela est tout particulièrement applicable aux questions interlocutoires qui peuvent finalement être tranchées au procès; voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Sur ce point, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, souligne qu'il existe un souci de principe valide d'enrayer « une pléthore d'appels interlocutoires avec les retards qu'ils entraînent nécessairement » (à la p. 641). De l'avis de notre Cour, cet

examen devrait normalement avoir lieu au procès. Le juge McLachlin ajoute que « [l]es tribunaux chargés de l'examen pourront ainsi avoir un meilleur aperçu de la question, en ce qu'ils disposeront d'un tableau plus complet de la preuve et de l'affaire » (à la p. 641). Particulièrement dans le contexte de la procédure criminelle, il importe de ne pas constamment interrompre le processus si, en tout état de cause, les questions doivent éventuellement être toutes entendues au procès. De même, il y a la simple utilité d'en arriver à une décision finale sans les coûts que comporte la tenue d'autres auditions, sur les plans du temps, des efforts et de l'argent. [Par. 15 et 16]

[113] Il va sans dire que les lois peuvent prévoir, et parfois prévoient, des droits d'appel contre certaines décisions interlocutoires en matière de droit criminel. À titre d'exemple, il y a le par. 37.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit un droit d'appel si un juge, conformément à l'art. 37, soit ordonne la divulgation de certains renseignements, soit interdit leur divulgation pour des raisons d'intérêt public déterminées. Ce droit d'appel a effectivement été exercé en l'espèce. Lorsque la communication de certains renseignements a été interdite, les accusés ont immédiatement interjeté appel devant notre Cour : *Tingley* (2011). Notre Cour a reconnu que l'art. 37.1 accordait un droit d'appel, mais elle a conclu que lorsqu'il s'agit d'un appel de l'interdiction de communication, à moins de circonstances exceptionnelles, la procédure appropriée consiste à attendre jusqu'à la fin du procès avant d'entendre l'appel. La décision de procéder ainsi tient au fait que la question pourrait devenir théorique. Par conséquent, la Cour a reporté l'audition de l'appel. Il n'en aurait pas été ainsi, toutefois, si le juge du procès avait ordonné la communication des renseignements présumés protégés. Dans ce cas, la Cour aurait été obligée d'entendre l'appel afin de déterminer s'il y avait lieu de protéger le privilège.

[114] Même s'il n'y a pas de droit d'appel à l'encontre d'ordonnances interlocutoires à moins que ce droit ne soit précisément conféré par la loi, cela ne signifie pas pour autant que le procureur général soit sans recours. Il existe certaines solutions. Celles-ci ont récemment été expliquées dans l'arrêt *United States of America c. Fafalios*, 2012 ONCA 365, [2012] O.J. No. 2394 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] Il a deux possibilités. Il peut poursuivre l'affaire et, selon le résultat obtenu et l'effet de la décision sur ce résultat, interjeter appel à l'encontre de la décision rendue. Ou il peut procéder de la manière dont l'a fait ici le ministère public; il peut mettre fin à la procédure et interjeter un appel contestant le caractère approprié de l'ordonnance interlocutoire.

Toutefois, cette deuxième option est strictement limitée aux affaires où le ministère public peut démontrer clairement qu'aucune autre solution raisonnable ne s'offrait à lui. Si le dossier n'appuie pas une telle conclusion, le fait de permettre au ministère public de présenter son appel à l'encontre de l'ordonnance interlocutoire équivaudrait à un abus de procédure. [Par. 42 et 43] [Je souligne.]

[115] La deuxième option est un appel fonctionnel d'une ordonnance interlocutoire. Il est possible de mettre fin à la procédure au moyen d'une suspension de l'instance, ou, comme l'a fait le ministère public en l'espèce, en décidant de ne présenter aucun élément de preuve : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, [1990] A.C.S. n° 132 (QL).

[116] Dans l'arrêt *Fafalios*, la juge d'appel Epstein a expliqué deux situations où il a été reconnu que le poursuivant n'a d'autre choix que de mettre fin à la procédure et d'interjeter appel : [TRADUCTION] « a) l'effet de la décision interlocutoire est d'exclure des éléments de preuve qui sont suffisamment importants pour la poursuite de l'affaire que le ministère public se trouve dans l'impossibilité de poursuivre; b) le fait de se conformer à l'ordonnance interlocutoire soulève une possibilité raisonnable de porter atteinte à un intérêt que le tribunal juge digne de protection » (par. 44).

[117] L'affaire *Power* portait sur la première des deux situations reconnues. Il s'agissait d'accusations de conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort et des lésions corporelles. Les résultats de l'alcootest avaient été exclus au procès parce que le juge avait conclu à une violation de la *Charte* et décidé que l'admission en preuve des résultats de l'alcootest aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Après l'exclusion de la preuve, le poursuivant a choisi de ne pas présenter d'autre preuve

et l'accusé a été acquitté. Lorsque le poursuivant a interjeté appel du verdict d'acquittement, il a été soutenu que la Cour d'appel ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire de rejeter l'appel, même si la Cour devait conclure que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la preuve, étant donné que la conduite du poursuivant en mettant fin à la procédure avait constitué un abus de procédure. La Cour d'appel a accepté cet argument à la majorité. Toutefois, dans une décision majoritaire, la Cour suprême du Canada a statué le contraire. Tout en reconnaissant que les « tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel d'empêcher l'abus du processus judiciaire » (par. 6), la juge L'Heureux-Dubé a conclu que ce pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que dans les « cas les plus manifestes » (par. 11). À cette fin, « il doit y avoir une preuve accablante que les procédures examinées sont injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (par. 12). En parvenant à sa décision sur ce point, un tribunal d'appel ne doit pas « s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision » (par. 12). Une suspension de l'instance n'est justifiée que lorsque les conditions suivantes sont remplies :

[...] Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi, ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares. [Par. 12] [Je souligne.]

[118] L'arrêt *Power* s'inscrit dans la première catégorie isolée dans l'affaire *Fafalios* : mettre fin à la procédure après l'exclusion de la preuve. La présente affaire ne s'inscrit pas dans cette catégorie. Le juge du procès n'a exclu aucun élément de preuve qui aurait amené le poursuivant à décider qu'il n'avait d'autre choix que de s'abstenir de présenter une preuve et d'interjeter appel du verdict. En fait, le procureur général fait valoir que l'affaire s'inscrit carrément dans la deuxième catégorie, savoir qu'il s'agit d'une affaire où l'abandon de la poursuite est survenu afin de protéger un privilège.

[119] Même si, sur le plan factuel, l'affaire *Power* est différente de la présente affaire, à mon avis, les principes énoncés par les juges majoritaires sont tout de même très applicables à la deuxième catégorie de circonstances reconnues justifiant l'abandon de la poursuite. Par conséquent, ainsi qu'il a été affirmé dans l'arrêt *Power*, un tribunal d'appel ne devrait pas s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur la décision prise par le poursuivant, mais il peut, dans les cas les plus manifestes, exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel de limiter la possibilité d'interjeter par la suite un appel lorsqu'il est clair qu'il y a abus de procédure. Je réitère le fait que cette limite s'applique uniquement dans les situations où l'affaire est à ce point viciée que le fait de la poursuivre serait contraire à l'intérêt de la justice.

[120] Dans l'arrêt *Fafalios*, la Cour d'appel de l'Ontario a justement conclu en ce sens. En se penchant sur les situations où la conformité avec une décision interlocutoire pourrait causer un préjudice, la juge d'appel Epstein a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le fil conducteur dans cette deuxième catégorie d'affaires est l'existence d'une preuve démontrant que la conformité avec une ordonnance interlocutoire soulève une possibilité raisonnable de préjudice à un intérêt légalement reconnu qui mérite d'être protégé. Parmi ces intérêts, il y a ceux touchant la communication de l'identité d'un informateur ou la violation d'un privilège.

Cette catégorie peut couvrir également des situations où le ministère public peut démontrer que la conformité avec l'ordonnance interlocutoire causerait un préjudice irréparable à l'administration de la justice, notamment les situations où le poursuivant peut soutenir avec succès que le fait de se conformer à l'ordonnance interlocutoire exigerait une dépense excessive de ressources de la part du poursuivant et du système judiciaire. [Par. 49 et 50]

[121] La Cour d'appel de l'Ontario a poursuivi son analyse en effectuant un examen des décisions où un tel préjudice a été démontré. La Cour a alors tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Lorsque le ministère public sollicite la cessation prématurée d'une instance après qu'une décision interlocutoire a été rendue à son encontre, il doit établir l'existence de circonstances telles qu'un appel direct de la décision s'avère absolument nécessaire – c'est-à-dire lorsqu'il n'y a aucune autre solution raisonnable. Il incombe au ministère public de se décharger d'un fardeau considérable étant donné la nature exceptionnelle d'une procédure qui, essentiellement, a pour effet de contourner la règle interdisant un appel direct d'une ordonnance interlocutoire. [Par. 55]

[122] Avec égards, le commentaire exprimé ci-dessus doit être considéré à la lumière de la nature exceptionnelle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel d'un tribunal d'appel en vue d'empêcher un abus de procédure, tel qu'il était envisagé dans l'arrêt *Power*. Ce sont les principes énoncés dans l'arrêt *Power* que j'applique afin de trancher la question de savoir s'il s'agit, en l'espèce, d'un des cas les plus manifestes où le pouvoir discrétionnaire résiduel devrait être exercé.

[123] Je le répète, le procureur général fait valoir qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une tentative de contourner la règle interdisant les appels interlocutoires, et ce pour deux raisons : 1) le ministère public a mis fin à la poursuite afin de protéger un privilège; 2) la règle interdisant les appels interlocutoires ne s'applique pas, étant donné que la décision du juge ne relevait pas de sa compétence constitutionnelle. À mon avis, ces deux prétentions sont sans fondement, d'après le dossier qui m'a été présenté.

[124] En premier lieu, examinons la question de la protection d'un privilège. En appliquant l'arrêt *Fafalios* et les décisions qui y sont mentionnées, si le dossier avait établi que la cessation de la poursuite avait pour cause la protection d'un privilège, j'aurais conclu qu'il n'y avait pas eu abus de procédure. Dans ce cas, il ne ferait aucun doute que notre Cour exercerait à bon droit son pouvoir discrétionnaire résiduel, lequel doit rarement être utilisé. L'appel aurait été entendu au fond.

[125] Toutefois, le dossier ne montre pas que le poursuivant a mis fin à la procédure afin de protéger un privilège.

[126] Lorsque le juge du procès a décidé de s'engager dans l'audition de la motion en révocation de M^e Bertrand, aucun argument n'a été soulevé afin de soutenir que procéder à l'audition aurait pour effet de compromettre un privilège. L'argument soulevé afin de convaincre le juge de ne pas procéder à l'audition d'une telle motion visait plutôt à démontrer que cela porterait atteinte à l'indépendance du procureur général. Lorsque le juge a accordé l'autorisation d'interroger des témoins, la question du privilège n'a pas été soulevée. Ce n'est que lorsque les témoins ont commencé à témoigner que la question a été soulevée, puis elle a été réglée par la tenue d'audiences visées à l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. De toute évidence, les questions ont été réglées à la satisfaction du poursuivant parce qu'il n'a pas interjeté appel des décisions rendues par le juge en vertu de l'art. 37, comme il avait le droit de le faire. En effet, ce sont les accusés qui ont interjeté appel, malgré, comme je l'ai expliqué plus tôt, que l'audition de leur appel a éventuellement été reportée à une date ultérieure au procès. Le ministère public n'a pas non plus soulevé la question du privilège lorsque l'enquêteur en chef, le sergent Janes, a été appelé à témoigner après la tenue des deux audiences initiales en vertu de l'art. 37. La question du privilège a surgi uniquement lorsque le sergent Janes a révélé pour la première fois, en contre-interrogatoire, presque deux ans et demi après le dépôt des accusations, qu'un témoin particulier était un agent travaillant pour la police et qu'il existait une déclaration qui n'avait pas été divulguée aux accusés. Il a été affirmé plus tard qu'il s'agissait de la première des déclarations faites par ce témoin et qu'il s'agissait d'une déclaration au titre de laquelle une entente d'immunité avait été discutée.

[127] Lorsque la question du privilège a été soulevée pendant le contre-interrogatoire du sergent Janes, une autre audience a été tenue en vertu de l'art. 37, et la décision en résultant n'a pas fait l'objet d'un appel. De toute évidence, le poursuivant était convaincu que le privilège était suffisamment protégé.

[128] Lorsque le contre-interrogatoire du sergent Janes a repris, ce dernier a indiqué qu'il avait commis une erreur lorsqu'il avait témoigné que le témoin dont il s'agissait était un agent travaillant pour la police, et il a révélé qu'il avait discuté de l'affaire avec un supérieur, ce qui allait à l'encontre de la directive du juge. Cela a amené le poursuivant à demander immédiatement la tenue d'une autre audience en vertu de l'art. 37, pour des raisons d'intérêt public. Encore une fois, une audience a été tenue, et encore une fois, le juge a rendu une décision. Comme c'était son droit après les autres audiences, le poursuivant s'est vu accorder le temps d'interjeter appel de la décision du juge avant la reprise de l'instance et, comme il l'avait fait dans les cas antérieurs, le poursuivant a refusé d'interjeter appel, faisant savoir au juge qu'il ne demandait plus une directive concernant le contre-interrogatoire du sergent Janes. Par conséquent, il est possible d'en déduire que le poursuivant estimait que le privilège était suffisamment protégé par la décision du juge. En effet, le poursuivant a fait savoir par la suite qu'il ne poursuivrait pas sa demande de privilège au titre de l'intérêt public.

[129] À partir de ce moment, le ministère public s'est engagé dans une série de « demandes » et de motions sollicitant le contrôle, ou la limitation considérable, de la poursuite du contre-interrogatoire du sergent Janes. Premièrement, le ministère public a modifié sa position et a fait savoir qu'il solliciterait des limites concernant le contre-interrogatoire du sergent Janes. Il a déposé une « demande de directives » dans laquelle il sollicitait des limites encore plus larges que celles dont il avait fait part antérieurement. Deuxièmement, le ministère public a fait savoir qu'il présenterait sa demande dans une motion officielle, et, lorsque l'avis de motion a été déposé, la mesure réparatoire sollicitée était considérablement différente, le ministère public demandant maintenant la tenue d'un nouveau procès [TRADUCTION] « en raison d'une erreur de droit constitutionnel commise par la Cour » ou, subsidiairement, une suspension judiciaire de l'instance. L'avis ne sollicitait pas l'imposition de limites au contre-interrogatoire du sergent Janes. Le ministère public a alors déposé un avis de motion modifié, dans lequel il abandonnait sa demande concernant la tenue d'un nouveau procès et demandait plutôt une ordonnance de récusation du juge du procès ou, subsidiairement, l'imposition de limites au contre-interrogatoire du sergent Janes et des directives concernant la poursuite

de la motion en révocation de M^e Bertrand. Cet avis de motion modifié a été suivi d'un nouvel avis de motion modifié qui avait trait à la preuve qui devait être incluse dans le dossier.

[130] Les mesures procédurales prises par le ministère public dans le débat sur la motion en révocation de M^e Bertrand démontrent qu'il y avait un système en place visant à protéger le privilège tout au long du processus. Chaque fois que le poursuivant a sollicité la tenue d'une enquête en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge a tenu une audience et rendu une décision. Chaque fois, le ministère public ne s'est pas prévalu de son droit d'appel. À mon avis, les circonstances de l'espèce démontrent clairement que, peu importe quel était le motif du ministère public en sollicitant la récusation du juge dans la présente affaire, il ne s'agissait pas d'un motif visant à protéger un privilège. Le privilège a suffisamment été protégé tout au long du processus.

[131] Qui plus est, le procureur général n'a pas démontré devant notre Cour qu'il existait effectivement un privilège digne de protection. Vingt transcriptions des audiences tenues en vertu de l'art. 37 ont été remises à notre Cour dans des enveloppes scellées. Les avocats de la défense ont présenté une motion à notre Cour sollicitant la nomination d'un ami de la cour afin que les droits des accusés soient protégés par un ami indépendant de la cour. La motion a été rejetée parce qu'elle était prématurée, étant donné que l'utilisation qu'on nous inviterait à faire de ces transcriptions n'avait pas encore été décrite. À l'audition de l'appel, le procureur général a fait savoir à la Cour qu'il ne demandait pas à notre formation de revoir ces transcriptions, ce qui signifiait que nous n'étions pas appelés à examiner ce qui avait eu lieu pendant les audiences tenues en vertu de l'art. 37, mais que nous devions simplement prendre connaissance du fait que les audiences avaient eu lieu. Évidemment, les avocats de la défense étaient du même avis. En conséquence, nous n'avons pas examiné la preuve entendue durant les audiences tenues en vertu de l'art. 37 et nous n'en avons pas tenu compte. Il nous reste donc les assertions pures et simples du fait que la poursuite du contre-interrogatoire du sergent Janes pourrait porter atteinte à un privilège, ce que nous ne sommes pas en position de

vérifier. Qui plus est, tout semble indiquer que le recours à l'art. 37 a permis de prévenir convenablement pareille atteinte.

[132] Dans les circonstances, à mon avis, il n'a pas été démontré que la décision du ministère public de mettre fin à l'instance pour ensuite interjeter appel était nécessaire afin de protéger un privilège.

[133] En deuxième lieu, le procureur général soutient que, même si les mesures prises ne pouvaient être qualifiées de nécessaires afin de protéger un privilège, elles étaient tout de même nécessaires parce que le juge du procès avait outrepassé les limites de son pouvoir constitutionnel. En invoquant principalement l'arrêt *Nixon*, le procureur général fait valoir que, avant qu'un tribunal s'engage dans une enquête susceptible de mener à la remise en question du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, il y a lieu d'appliquer un critère préliminaire rigoureux élevé. Je suis du même avis. Comme je l'ai signalé dans mon introduction, les tribunaux ont l'obligation d'établir et d'appliquer des critères préliminaires afin de prévenir la multiplication des motions et non fondées, dont l'audition est très longue et qui sont, en effet, une tentative déguisée de trouver quelque chose – n'importe quoi – qui puisse éviter la tenue d'un procès sur le fond. De tels critères préliminaires prennent souvent la forme du critère du caractère vraisemblable d'une situation donnée. Ces critères préliminaires permettent aux tribunaux de séparer le bon grain de l'ivraie afin que les causes puissent être entendues en temps utile et d'une manière économique.

[134] Je conviens avec le procureur général que le critère préliminaire à remplir avant qu'un tribunal s'engage dans une procédure visant la révocation d'un procureur doit être rigoureux. Je ne suis pas certain de souscrire à l'avis du juge du procès selon lequel la nomination des procureurs ne constitue pas un élément essentiel de la charge du procureur général. Le juge du procès a tiré cette conclusion en appliquant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Krieger*. Il a conclu qu'une ordonnance possible prescrivant la révocation d'un procureur particulier [TRADUCTION] « n'a pas pour effet

d'empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire "essentiel" en matière de poursuites du procureur général ou d'y nuire », ainsi qu'il est expliqué dans l'arrêt *Krieger*.

[135] Le juge du procès n'avait pas, toutefois, l'avantage de pouvoir prendre connaissance d'une décision récente de la Cour suprême, savoir *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, dans laquelle l'arrêt *Krieger* est expliqué. Dans l'arrêt *Anderson*, le juge Moldaver, rendant jugement au nom de la Cour, a reconnu que « après l'arrêt de notre Cour dans *Krieger* [...], il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l'expression "pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites" et le droit est devenu nébuleux à cet égard » (par. 38). Il a profité de l'occasion pour apporter des précisions et a conclu que le « "pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites" renvoie à un vaste éventail de décisions que peut prendre un poursuivant » (par. 45). À mon avis, la nomination d'un procureur particulier dans une affaire pourrait très bien s'inscrire dans cette catégorie. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

[136] Bien qu'il ait été jugé, dans l'affaire *Anderson*, que « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence », cet arrêt confirme également ce qui suit : « Toutefois, il n'est pas à l'abri de toute surveillance judiciaire », parce que la « Cour [suprême] a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s'il y a eu abus de procédure » (par. 48).

[137] Tout cela pour dire que, même si la nomination d'un procureur particulier dans une affaire précise fait partie du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, il y a des circonstances qui peuvent tout de même survenir où un tribunal serait fondé à s'engager dans une enquête afin de déterminer si l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire constituerait un abus de procédure. Selon l'arrêt *Nixon*, dont les propos qui ont été repris dans l'arrêt *Anderson*, il y a abus de procédure « en présence d'éléments de preuve démontrant que la décision du ministère public "min[e] l'intégrité du processus judiciaire" ou "rend le procès inéquitable" ». Il y a abus de procédure également s'il

existe des éléments de preuve démontrant un « motif illégitime » ou une « mauvaise foi » (par. 49 de l'arrêt *Anderson*).

[138] En l'espèce, le juge du procès a reconnu qu'il fallait appliquer le critère préliminaire avant de permettre aux accusés de donner suite à leur motion en révocation de M^e Bertrand. Il se peut que le juge ait confondu, à mauvais droit, le critère préliminaire procédural qu'il avait imposé avec celui établi dans l'arrêt *Nixon* comme constituant le critère préliminaire applicable, ce qui aurait produit un critère préliminaire non suffisamment rigoureux. Toutefois, si c'est bel et bien ce qu'il a fait, cela constituerait une erreur de droit, non pas une erreur de compétence. En déterminant que le critère préliminaire avait été rempli et en passant à l'audition de la motion, il a pris une décision qui lui appartenait. Le fait de s'engager dans une enquête visant à déterminer si la participation à l'instance d'un procureur donné constitue un abus de procédure fait partie de la fonction du juge du procès lorsqu'il a été démontré que le critère préliminaire qui vise à séparer le bon grain de l'ivraie a été rempli. Par conséquent, nul ne saurait affirmer qu'en s'engageant dans l'enquête, même s'il a rendu une décision erronée quant au critère préliminaire, le juge a outrepassé sa compétence. Il ne faut pas oublier que, à ce stade, le juge acceptait simplement d'entendre une motion visant à déterminer s'il y avait eu abus de procédure. Aucune de ses décisions ne constituait une ingérence dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il n'a pas, en fait, révoqué M^e Bertrand. Il a simplement entendu une motion visant à déterminer si la décision de le nommer en qualité de procureur, malgré sa participation considérable à l'étape de l'enquête, pouvait constituer un abus de procédure.

[139] Par conséquent, je conclus qu'aucun des moyens soulevés à l'appui du fait que le ministère public a abandonné l'instance afin d'interjeter appel n'était fondé.

[140] Toutefois, cette conclusion ne règle pas l'affaire. Comme je l'ai déjà indiqué, je souscris à la proposition selon laquelle la décision de ne pas présenter d'éléments de preuve généralement ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire sauf, bien entendu, s'il est possible de démontrer qu'il y a eu mauvaise foi ou qu'il existe un

motif indirect. En l'espèce, il n'y a aucun indice de mauvaise foi ou de motif indirect. Même si nous ne pouvons faire des conjectures sur la décision du procureur général de ne pas présenter de preuve, nous devons tout de même considérer l'effet de cette décision. Lorsque l'effet de la décision est d'obtenir sans justification un avantage dont l'accusé ne peut bénéficier, par exemple la possibilité de contourner la règle interdisant un appel direct d'une décision ou d'une ordonnance interlocutoire, cela peut constituer un abus de la procédure d'appel. C'est bel et bien la conclusion que je tire en l'espèce.

[141] Avec égards, le procureur général n'a pas réussi à démontrer quelque justification appropriée que ce soit pour la mesure qu'il a prise, dont l'effet accordait au procureur général un avantage dont ne pouvaient bénéficier les accusés. Il n'était pas nécessaire pour le ministère public de mettre fin à la motion en révocation de M^e Bertrand en abandonnant la procédure et en interjetant appel ni pour protéger un privilège ni pour remédier à un présumé excès de compétence de la part du juge. Cette mesure permettait au ministère public de mettre fin à une situation des plus désagréable où l'enquêteur en chef avait divulgué, à une date aussi tardive, l'existence de ce qui semble certainement être, à première vue, une déclaration pertinente de la part d'un témoin, et avait avoué qu'il avait discuté de son témoignage avec un agent supérieur, malgré que le tribunal lui avait donné comme directive de s'abstenir de discuter de son témoignage avec qui que soit.

[142] Le fait de permettre au ministère public d'abandonner l'instance et d'interjeter appel du verdict dans ces circonstances serait comme lui permettre d'avoir une deuxième chance au bâton. Je conclus qu'il s'agit, en l'espèce, d'une affaire où l'intérêt de la justice exige que notre Cour exerce son pouvoir discrétionnaire résiduel et rejette l'appel comme constituant un abus de la procédure de notre Cour. Je suis convaincu qu'il serait fondamentalement injuste pour nous de poursuivre, et peut-être d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de l'ordonnance interlocutoire supposément erronée. Puisqu'aucune justification n'a été démontrée pour la décision du ministère public d'abandonner l'instance pour ensuite interjeter appel du verdict, je suis d'avis que le sens moral de la collectivité serait ébranlé par le fait qu'après plus de

190 jours d'audiences préalables au procès sur diverses questions, le ministère public serait autorisé à abandonner l'instance et à recommencer sa poursuite parce qu'il était mécontent d'une décision rendue par le juge du procès dans les limites de sa compétence. Le sens moral de la collectivité serait encore plus ébranlé par le fait que la décision que le ministère public souhaite contester en appel, savoir l'audition de la motion en révocation de M^e Bertrand, est une décision qui avait été rendue de nombreux mois avant la décision du ministère public de mettre fin à l'instance. La collectivité serait également très consternée d'apprendre que la motion en récusation du juge, dont le rejet a amené le ministère public à abandonner la poursuite, a été présentée à un moment où l'enquêteur en chef était contre-interrogé et allait devoir expliquer une conduite policière on ne peut plus douteuse.

B. *Moyens d'appel*

[143] Dans l'arrêt *Fafalios*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que, lorsque la décision d'abandonner une instance et d'interjeter appel constitue un abus de procédure, il n'est pas approprié pour la Cour d'appel d'examiner le fondement de la décision ou de l'ordonnance faisant l'objet de l'appel. Je souscris aux propos de la juge d'appel Epstein, et j'appuie sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « les fondements juridiques soulevés par le ministère public [...] n'ont aucune pertinence, à moins qu'il puisse être démontré que l'appel proposé s'inscrit dans la catégorie étroite des affaires constituant essentiellement des appels d'ordonnances interlocutoires qui sont interjetés à bon droit par le ministère public » (par. 63). En conséquence, je n'ai pas à m'attarder davantage sur les moyens d'appel.

[144] Avant de conclure, toutefois, je me sens obligé de faire remarquer que, même si je pense que les juges de procès sont tout à fait justifiés d'établir des critères préliminaires rigoureux et de contrôler le processus en refusant de procéder à des auditions de la preuve « lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal » (par. 35 de *Pires*), ainsi que de contrôler l'exagération et

la prolixité chez les avocats, je ne saurais critiquer le juge du procès dans la présente affaire. Il ne revient pas à la Cour d'appel d'agir comme « gérant d'estrade » qui passe en revue les bandes vidéo de la partie afin de déceler des erreurs. Je fais tout simplement remarquer que, à moins que des seuils rigoureux ne soient établis et appliqués, le risque de voir la procédure s'effondrer sous son propre poids se concrétise. Personne n'est avantagé lorsque cela se produit.

C. *Question supplémentaire*

[145] Même si cette question n'a pas été soulevée devant nous, je constate qu'une interdiction de publication des procédures préalables au procès a été rendue par la Cour du Banc de la Reine et a été confirmée par notre Cour. Dans l'éventualité où la présente affaire serait poursuivie devant un autre tribunal, je suis conscient du risque de préjudice qui serait causé si cette interdiction était levée dans le cas où la tenue d'un nouveau procès serait ordonnée. Par conséquent, en plus de statuer sur l'appel ainsi qu'il est indiqué ci-dessous, j'ordonnerais que, sous réserve du prononcé d'une autre ordonnance, l'interdiction de publication actuellement en vigueur demeure en vigueur pendant une période de 60 jours, après quoi elle cessera d'être en vigueur à moins qu'un tribunal compétent n'ordonne sa prolongation.

V. Dispositif

[146] Pour ces motifs, je serais d'avis de rejeter l'appel. Depuis l'audition du présent appel, un membre de notre formation a été nommé à un autre tribunal. Ainsi qu'il est prévu au par. 8(6.1) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, il peut continuer d'exercer ses pouvoirs en tant que juge de notre Cour pendant une période de six mois à partir de la date de sa nomination. Afin que ce délai puisse être respecté, je suis d'avis d'ordonner, en vertu du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, que la version anglaise des présents motifs soit publiée en premier lieu, suivie de la version française.

