

Ewaryst Prokofiew *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Canadian Civil Liberties Association *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. PROKOFIEW

2012 SCC 49

File No.: 33754.

2011: November 8; 2012: October 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

The Crown alleged that P and his co-accused, S, participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate harmonized sales tax that was then not remitted to the federal government

Ewaryst Prokofiew *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PROKOFIEW

2012 CSC 49

N° du greffe : 33754.

2011 : 8 novembre; 2012 : 12 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Oui-dire — L'admission erronée de la preuve par oui-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)(b)(iii).

Le ministère public a reproché à P et à son coaccusé, S, d'avoir participé à un stratagème frauduleux de vente fictive de machinerie lourde afin de percevoir la taxe de vente harmonisée, taxe qui n'était par la suite

as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of P and S in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme. P did not testify, but was incriminated by S's testimony. In his closing address, S's counsel invited the jury to infer P's guilt from P's failure to testify. The trial judge refrained from giving a remedial instruction to the jury about P's right to silence. P was convicted and sentenced and his appeal was dismissed.

Held (McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Section 4(6) of the *Canada Evidence Act* does not prohibit a trial judge from affirming an accused's right to silence. Conversely, the trial judge need not affirm the accused's right in every case, only where there is a realistic concern that the jury may place evidential value on an accused's decision not to testify. In such a case, the trial judge should make it clear to the jury that an accused's silence is not evidence and that it cannot be used as a makeweight for the Crown in deciding whether the Crown has proved its case.

In assessing the credibility and reliability of evidence upon which the Crown can and does rely, a jury is entitled to take into account, among other things, the fact that the evidence stands uncontradicted, if that is the case, and the jury may be so instructed. The fact that evidence is uncontradicted does not mean that the jury must accept it and an instruction to that effect should also be given.

In this case, S's counsel could have relied on the fact that his client had testified to argue that S was innocent and had "nothing to hide". Moreover, he could have emphasized that S's testimony stood uncontradicted and that the jury could consider this in assessing whether they believed his evidence or whether it left them in a state of reasonable doubt. What S's counsel could not do is mislead the jury on a matter of law. He could not invite the jury to use P's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt.

pas remise au gouvernement fédéral comme elle devait l'être. Le caractère frauduleux du stratagème n'a jamais été contesté, et la participation de P et de S à ce stratagème a été admise. Le jury devait décider si l'un ou l'autre des accusés, ou les deux, étaient au fait du caractère frauduleux du stratagème. P n'a pas témoigné, mais il a été incriminé par le témoignage de S. Dans son exposé final, l'avocat de S a invité le jury à inférer du défaut de P de témoigner que celui-ci était coupable. Le juge du procès s'est abstenu de donner au jury une directive correctrice à propos du droit de P de garder le silence. P a été reconnu coupable et condamné, et son appel a été rejeté.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis : Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. En revanche, le juge n'est pas tenu de faire état de ce droit dans tous les cas, mais seulement dans ceux où il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision d'un accusé de ne pas témoigner une certaine valeur probante. En pareil cas, le juge du procès doit indiquer clairement aux jurés que le silence d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve et qu'il ne peut être utilisé, en faveur du ministère public, pour décider si celui-ci a oui ou non établi le bien-fondé de sa thèse.

Lorsqu'il apprécie la crédibilité et la fiabilité de la preuve que le ministère public peut invoquer, et qu'il invoque effectivement, le jury est autorisé à tenir compte, entre autres, du fait que la preuve n'a pas été contredite, si c'est le cas, et une directive en ce sens peut lui être donnée. Le fait que la preuve ne soit pas contredite ne signifie pas que le jury doive l'accepter, et une directive à cet effet doit également lui être formulée.

En l'espèce, l'avocat de S aurait pu invoquer le fait que son client avait témoigné et plaider que celui-ci était innocent et n'avait « rien à cacher ». En outre, il aurait pu souligner que le témoignage de ce dernier n'avait pas été contredit et que les jurés pouvaient prendre ce fait en considération lorsqu'ils se demanderaient s'ils croyaient le témoignage de son client ou si ce témoignage laissait planer un doute raisonnable dans leur esprit. Ce que l'avocat de S ne pouvait pas faire en revanche, c'était induire le jury en erreur sur une question de droit. Il ne pouvait pas inviter le jury à considérer le silence de P au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de la culpabilité de celui-ci.

While counsel's comment should not have been made, the judge would not have allowed the trial to proceed if he truly believed that the comment had irretrievably compromised P's fair trial rights. He only allowed it to proceed — with the acquiescence of P's counsel who did not move for severance — on the belief that he could disabuse the jury of the notion that P's silence at trial could be used as evidence of his guilt. Although an explicit remedial instruction from the trial judge would have been preferable, his jury charge, when considered as a whole, was adequate. The jury would have understood that the Crown could prove P's guilt only on the evidence and, as P's silence at trial did not constitute evidence, it could not be used to prove his guilt.

As for the hearsay evidence, the trial judge's error in admitting it was harmless and there is no realistic possibility that the verdict would have been different had the error not been made. The trial judge had warned the jury that this evidence should be approached with caution and other items of confirmatory evidence were available to the jury. Accordingly, this is a case where the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can safely be applied to uphold P's conviction.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge erred in failing to instruct the jury that no adverse inference could be drawn from P's silence. Whenever there is a significant risk — as the trial judge found in this case — that the jury will otherwise treat the accused's silence as evidence of guilt, an appropriate remedial direction ought to be given to the jury. That was not done here.

Standard instructions on the definition of evidence, the presumption of innocence, the Crown's burden of proof and the reasonable doubt standard will not suffice. That is particularly true where, as here, counsel for one accused has suggested unmistakably to the jury that the guilt of a co-accused may be inferred from that person's failure to testify.

As a matter of principle, there is no reason why counsel whose client has testified cannot refer to that fact and suggest this indicates the client is innocent and has "nothing to hide". Counsel may certainly emphasize as well that the client's testimony stands uncontradicted, even when the client asserts his or her own innocence

L'avocat n'aurait pas dû faire le commentaire qu'il a fait, mais le juge n'aurait pas laissé le procès suivre son cours s'il avait vraiment estimé que ces remarques avaient irrémédiablement compromis le droit de P à un procès équitable. Le juge a simplement poursuivi l'instance — avec l'assentiment de l'avocat de P, qui n'a pas demandé la tenue de procès distincts —, en se disant qu'il pourrait éliminer dans l'esprit des jurés l'idée que le silence de P au procès pouvait être invoqué comme preuve de sa culpabilité. Bien qu'une directive correctrice explicite de la part du juge du procès eût été préférable, considéré globalement, son exposé au jury était adéquat. Le jury aura compris que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité de P que sur la foi de la preuve et que, comme le silence de P au procès ne constituait pas un élément de preuve, il ne pouvait être utilisé pour prouver que ce dernier était coupable.

En ce qui concerne la preuve par ouï-dire, l'erreur qu'a commise le juge du procès en l'admettant était inoffensive et le verdict n'aurait pu réalistement être différent même si l'erreur n'avait pas été faite. Le juge du procès a prévenu les jurés que cet élément de preuve devait être abordé avec circonspection et qu'ils disposaient d'autres éléments de preuve confirmative. En conséquence, nous sommes en présence d'un cas où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* peut en toute confiance être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité de P.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : Le juge du procès a fait erreur en ne disant pas au jury qu'aucune inférence défavorable ne pouvait être tirée du silence de P. Une directive réparatrice adéquate doit être donnée au jury dès qu'il existe un risque important — tel celui constaté par le juge du procès en l'espèce — que, en l'absence d'une telle directive, le jury considère le silence de l'accusé comme une preuve de sa culpabilité. Cela n'a pas été fait en l'espèce.

Les directives habituellement données pour définir la preuve, la présomption d'innocence, le fardeau de preuve qui incombe au ministère public et le doute raisonnable ne suffisent pas. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, l'avocat d'un accusé laisse clairement entendre au jury que la culpabilité d'un coaccusé peut s'inférer du défaut de celui-ci de témoigner.

En principe, rien n'empêche un avocat dont le client a témoigné de faire état de ce fait et de prétendre que cela tend à indiquer que ce dernier est innocent et « n'a rien à cacher ». Un avocat peut certainement souligner aussi que le témoignage de son client n'est pas contredit, même lorsque ce dernier clame son innocence et impute

and imputes guilt to the co-accused. The right to make full answer and defence is not constrained by the unfavourable impact its effective exercise may have on others in jeopardy of conviction. However, it is not absolute and cannot be exercised with total disregard for the constitutional rights of a co-accused, including that person's right not to have his or her silence treated as evidence of guilt.

In this case, the absence of a remedial direction is sufficient to require a new trial. Moreover, that error was exacerbated by the erroneous admission of hearsay evidence. On any view of the matter, neither of the errors committed by the trial judge can be characterized as trivial. In these circumstances, the Crown has not satisfied its onerous burden in invoking the curative proviso.

Cases Cited

By Fish J. (dissenting)

R. v. Noble, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365; *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, rev'd [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37; *R. v. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 591(3)(b), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman, MacPherson, Blair and Juriansz JJ.A.), 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 264 O.A.C. 174, 77 C.R. (6th) 52, [2010] G.S.T.C. 87, 2010 G.T.C. 1044, [2010] O.J. No. 2498 (QL), 2010 CarswellOnt 3899, upholding the convictions for fraud entered

à son coaccusé la responsabilité des faits reprochés. Le droit à une défense pleine et entière n'est pas limité par l'effet défavorable que pourrait avoir son exercice effectif sur d'autres personnes risquant une condamnation. Toutefois, ce droit n'est pas absolu pour autant, et il ne peut être exercé au mépris total des droits constitutionnels d'un coaccusé, y compris le droit de cette personne de garder le silence sans que son silence soit considéré comme une preuve de sa culpabilité.

En l'espèce, l'absence de directive correctrice est suffisante pour obliger la tenue d'un nouveau procès. De plus, cette erreur a été exacerbée par l'admission erronée d'une preuve par oui-dire. Quel que soit l'angle par lequel on les aborde, aucune des erreurs commises par le juge du procès ne saurait être qualifiée de négligeable. Dans ces circonstances, le ministère public n'a pas satisfait au lourd fardeau de preuve requis pour que s'applique la disposition réparatrice.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Noble, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *R. c. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365; *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, inf. par [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37; *R. c. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 591(3)(b), 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4(6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman, MacPherson, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 264 O.A.C. 174, 77 C.R. (6th) 52, [2010] G.S.T.C. 87, 2010 G.T.C. 1044, [2010] O.J. No. 2498 (QL), 2010 CarswellOnt 3899, qui a maintenu les déclarations de culpabilité pour

by Corbett J., [2005] G.S.T.C. 135, [2005] O.J. No. 1824 (QL), 2005 CarswellOnt 3201. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Russell Silverstein and Ingrid Grant, for the appellant.

Jennifer M. Woollcombe and Ivan S. Bloom, Q.C., for the respondent.

James C. Martin and Richard Kramer, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

P. Andras Schreck and Lucy Saunders, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Frank Addario, Gerald Chan and Nader R. Hasan, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — The issue in this case is whether a trial judge is prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”), from affirming an accused’s right to silence. At trial, the Crown alleged that Mr. Prokofiew and his co-accused, Mr. Solty, participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate harmonized sales tax that was then not remitted to the federal government as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of Messrs. Prokofiew and Solty in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme. Mr. Prokofiew did not testify, but was incriminated by Mr. Solty’s testimony. In his closing address, Mr. Solty’s counsel invited the jury to infer Mr. Prokofiew’s guilt from the latter’s failure to testify. The trial judge refrained from giving a remedial instruction to the jury about

fraude inscrites par le juge Corbett, [2005] G.S.T.C. 135, [2005] O.J. No. 1824 (QL), 2005 CarswellOnt 3201. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

Russell Silverstein et Ingrid Grant, pour l’appellant.

Jennifer M. Woollcombe et Ivan S. Bloom, c.r., pour l’intimée.

James C. Martin et Richard Kramer, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Sylvain Leboeuf et Gilles Laporte, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

P. Andras Schreck et Lucy Saunders, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Frank Addario, Gerald Chan et Nader R. Hasan, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Il s’agit en l’espèce de décider si le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), interdit au juge du procès de faire état du droit de l’accusé de garder le silence. Au procès, le ministère public a reproché à M. Prokofiew et à son coaccusé, M. Solty, d’avoir participé à un stratagème frauduleux de vente fictive de machinerie lourde afin de percevoir la taxe de vente harmonisée, laquelle n’a pas par la suite été remise au gouvernement fédéral comme elle devait l’être. Le caractère frauduleux du stratagème n’a jamais été contesté, et la participation de MM. Prokofiew et Solty à ce stratagème a été admise. Le jury devait déterminer si l’un ou l’autre des accusés, ou les deux, étaient au fait du caractère frauduleux du stratagème. Monsieur Prokofiew n’a pas témoigné, mais il a été incriminé par le témoignage de M. Solty. Dans son exposé final, l’avocat de M. Solty a invité le jury à inférer du défaut de M. Prokofiew de témoigner que celui-ci était coupable.

Mr. Prokofiew's right to silence. Mr. Prokofiew was convicted and sentenced ([2005] G.S.T.C. 135) and his appeal was dismissed by Doherty J.A. on behalf of a unanimous five-person panel of the Ontario Court of Appeal (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). Largely for the reasons given by Doherty J.A., I would dismiss Mr. Prokofiew's further appeal to this Court.

[2] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Fish and I agree with much of his analysis. Where I disagree with him is in the result. I will explain our disagreement and why the appeal should be dismissed, but before doing so, I will address the matters on which my colleague and I agree — albeit with some additional observations.

I. Matters of Agreement

[3] My colleague and I agree that s. 4(6) of the *CEA* does not prohibit a trial judge from affirming an accused's right to silence. In so concluding, I should not be taken — nor do I understand my colleague to suggest — that such an instruction must be given in every case where an accused exercises his or her right to remain silent at trial. Rather, it will be for the trial judge, in the exercise of his or her discretion, to provide such an instruction where there is a realistic concern that the jury may place evidential value on an accused's decision not to testify.

[4] In cases where the jury is given an instruction on the accused's right to remain silent at trial, the trial judge should, in explaining the right, make it clear to the jury that an accused's silence is not evidence and that it cannot be used as a makeweight for the Crown in deciding whether the Crown has proved its case. In other words, if, after considering the whole of the evidence, the jury is not satisfied that the charge against the accused has been proven beyond a reasonable doubt, the jury cannot look to

Le juge du procès s'est abstenu de donner au jury une directive correctrice à propos du droit de M. Prokofiew de garder le silence. Ce dernier a été reconnu coupable et condamné ([2005] G.S.T.C. 135). S'exprimant au nom d'une formation unanime de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Doherty a rejeté son appel (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). En grande partie pour les motifs exposés par le juge d'appel Doherty, je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé par M. Prokofiew devant notre Cour.

[2] J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Fish et, dans une large mesure, je souscris à son analyse. Je ne peux cependant pas me rallier au résultat qu'il propose. Je vais préciser la nature de notre désaccord ainsi que les raisons pour lesquelles l'appel devrait être rejeté, mais avant de le faire je vais examiner les points sur lesquels mon collègue et moi nous accordons — en formulant toutefois quelques observations additionnelles.

I. Points sur lesquels il y a accord

[3] Mon collègue et moi sommes d'accord pour dire que le par. 4(6) de la *LPC* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. En concluant ainsi, je n'affirme pas — ni mon collègue d'ailleurs — qu'une telle directive doit être donnée chaque fois qu'un accusé exerce son droit de garder le silence au procès. Au contraire, il appartiendra au juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de formuler une telle directive dans les cas où il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision d'un accusé de ne pas témoigner une certaine valeur probante.

[4] Dans les affaires où le jury reçoit une directive concernant le droit de l'accusé de garder le silence au procès, le juge qui explique ce droit doit indiquer clairement aux jurés que le silence d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve et qu'il ne peut être utilisé, en faveur du ministère public, pour décider si celui-ci a oui ou non établi le bien-fondé de sa thèse. En d'autres mots, si après avoir examiné l'ensemble de la preuve les jurés ne sont pas convaincus que l'infraction reprochée à l'accusé a

the accused's silence to remove that doubt and give the Crown's case the boost it needs to push it over the line.

[5] The case at hand provides an example of a situation where such an instruction would be warranted — cut-throat defences where one accused testifies and points the finger at the other, while the other exercises his right not to testify. My colleague and I agree that, in summing up to the jury, Mr. Solty's counsel could have relied on the fact that his client had testified to argue that Mr. Solty was innocent and had "nothing to hide". Moreover, he could have emphasized that Mr. Solty's testimony stood uncontradicted and that the jury could consider this in assessing whether they believed his evidence or whether it left them in a state of reasonable doubt.

[6] What Mr. Solty's counsel could not do is mislead the jury on a matter of law. He could not invite the jury to use Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt.

[7] In cases where there is a risk of counsel misleading the jury on a co-accused's right to remain silent at trial, trial judges would do well to spell out the governing principles and ensure that counsel's remarks conform to those principles. That way, the potential harm can be prevented from occurring, thereby sparing the need for a remedial instruction.

[8] In the context of the charge as a whole, I think it might be helpful to explain how a jury may use a lack of contradictory evidence in deciding whether the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt.

[9] Apart from a few notable exceptions — such as when an accused raises the defence of not

été prouvée hors de tout doute raisonnable, il leur est interdit de prendre en compte le silence de l'accusé afin de dissiper le doute qu'ils entretiennent encore et de permettre ainsi à la preuve du ministère public de satisfaire à la norme applicable.

[5] La présente affaire constitue un exemple de situation où une telle directive serait justifiée — présentation de défenses agressives par des coaccusés, dont l'un témoigne et pointe l'autre du doigt, alors que ce dernier exerce son droit de ne pas témoigner. Tout comme mon collègue, j'estime que l'avocat de M. Solty aurait pu, dans son exposé au jury, invoquer le fait que son client avait témoigné et plaider que celui-ci était innocent et n'avait « rien à cacher ». En outre, il aurait pu souligner que le témoignage de ce dernier n'avait pas été contredit et que les jurés pouvaient prendre ce fait en considération lorsqu'ils se demanderaient s'ils croyaient le témoignage de son client ou si ce témoignage laissait planer un doute raisonnable dans leur esprit.

[6] Ce que l'avocat de M. Solty ne pouvait pas faire en revanche, c'était induire le jury en erreur sur une question de droit. Il ne pouvait pas inviter le jury à considérer le silence de M. Prokofiew au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de la culpabilité de celui-ci.

[7] Dans les cas où il existe un risque qu'un avocat induise le jury en erreur quant au droit d'un coaccusé de garder le silence au procès, le juge serait bien avisé d'expliquer en détail les principes pertinents et de s'assurer que les remarques de l'avocat sont conformes à ces principes. De cette façon, il est possible d'empêcher le préjudice potentiel de se produire et ainsi d'éviter de devoir donner une directive correctrice.

[8] Dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge au jury, il pourrait à mon avis être utile d'expliquer comment un jury peut utiliser l'absence de preuve contradictoire lorsqu'il décide si le ministère public a prouvé ses allégations hors de tout doute raisonnable.

[9] Sauf dans quelques cas notables — par exemple lorsqu'un accusé invoque la défense de

criminally responsible on account of a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — in every criminal trial, juries are instructed that an accused has no obligation to prove anything. The onus of proof rests upon the Crown from beginning to end and it never shifts.

[10] Juries are also told that in deciding whether the Crown has proved its case to the criminal standard, they are to look to the whole of the evidence — and, having done so, they may only convict if they are satisfied, on the basis of evidence they find to be both credible and reliable, that the Crown has established the accused's guilt beyond a reasonable doubt. In coming to that conclusion, a jury may not use an accused's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt, and, where appropriate, the jury should be so instructed.

[11] That said, in assessing the credibility and reliability of evidence upon which the Crown can and does rely, a jury is entitled to take into account, among other things, the fact that the evidence stands uncontradicted, if that is the case — and the jury may be so instructed. Of course, the fact that evidence is uncontradicted does not mean that the jury must accept it, and an instruction to that effect should be given.

II. Is a New Trial Required?

A. *Failure to Instruct the Jury on the Appellant's Right to Silence*

[12] In the course of his closing address to the jury, which covered 23 pages of transcript, counsel for Mr. Soly incorporated the following rhetorical question into his remarks: “Did [Mr. Prokofiew] have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth?” (A.R., vol. V, at p. 17). That comment was improper in that it

non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 —, les jurés se font rappeler, à l'occasion de chaque procès criminel, que l'accusé n'est pas tenu de prouver quoi que ce soit. Le fardeau de la preuve incombe au ministère public du début à la fin, et il n'est jamais inversé.

[10] Le tribunal précise également aux jurés que, pour décider si le ministère public a prouvé ses allégations selon la norme de preuve applicable en matière criminelle, ils doivent tenir compte de l'ensemble de la preuve et que, au terme de cet examen, ils ne peuvent déclarer l'accusé coupable que s'ils sont convaincus, sur le fondement des éléments de preuve qu'ils estiment crédibles et fiables, que le ministère public a établi la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Pour arriver à cette conclusion, le jury ne peut considérer le silence d'un accusé au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de culpabilité, et, lorsqu'il convient de le faire, une directive à cet effet doit être donnée au jury.

[11] Cela dit, lorsqu'il apprécie la crédibilité et la fiabilité de la preuve que le ministère public peut invoquer, et qu'il invoque effectivement, le jury est autorisé à tenir compte, entre autres, du fait que la preuve n'a pas été contredite, si c'est le cas — et une directive en ce sens peut lui être donnée. Bien sûr, le fait que la preuve ne soit pas contredite ne signifie pas que le jury doive l'accepter, et une directive à cet effet doit lui être formulée.

II. Un nouveau procès est-il nécessaire?

A. *Le défaut de donner des directives au jury quant au droit de l'appellant de garder le silence*

[12] Dans le cours de son exposé final au jury, dont la transcription compte 23 pages, l'avocat de M. Soly a formulé la question rhétorique suivante : [TRADUCTION] « Avait-il [M. Prokofiew] quelque chose à cacher, ou n'avait-il tout simplement rien à opposer qui puisse l'aider, puisqu'il est futile d'essayer de réfuter la vérité? » (d.a., vol. V, p. 17). Ce commentaire était inacceptable, parce qu'il invitait

implicitly invited the jury to treat Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt. It should not have been made.

[13] I note that the trial judge took umbrage at the remarks made by Mr. Solty's counsel. Initially, he stated that he would provide the jury with a strong remedial instruction. The following day, in an oral ruling delivered moments before he commenced his charge, the trial judge ruled that he was constrained by s. 4(6) of the *CEA* from giving the jury an explicit remedial instruction. In the same ruling, he remarked that there was a "significant risk" the jury would infer guilt from Mr. Prokofiew's silence, if he did not "give a proper charge to the jury" (A.R., vol. I, at p. 7).

[14] Despite his strong language, I consider it significant that neither the trial judge, on his own motion, nor counsel who was acting for Mr. Prokofiew at the time, raised the prospect of severance. The option of severing Mr. Prokofiew's trial from Mr. Solty's was clearly open if the trial judge believed that severance was warranted in the interests of justice: *Criminal Code*, s. 591(3)(b) — and it would have solved the problem if, as Mr. Prokofiew now argues and my colleague accepts, the risk identified by the trial judge was so great that it could not be overcome by instructions tailored to address, albeit indirectly, the erroneous message conveyed by Mr. Solty's counsel. Presumably, Mr. Prokofiew's trial counsel ascribed to the view that the judge's instructions to the jury would suffice, and thus refrained from moving for severance. I prefer to view the matter that way, rather than to treat his failure to move for severance as a tactical decision designed to preserve a ground of appeal should things go badly at trial.

[15] As for the trial judge, I cannot accept that he would have allowed the trial against Mr. Prokofiew to proceed if he truly believed that the

implicitement le jury à considérer le silence de M. Prokofiew au procès comme une preuve de sa culpabilité. Il n'aurait pas dû être fait.

[13] Je tiens à souligner que le juge du procès s'est offusqué des remarques formulées par l'avocat de M. Solty. D'ailleurs, il a initialement déclaré qu'il donnerait au jury des directives correctrices non équivoques à cet égard. Le jour suivant, dans une décision de vive voix rendue quelques instants avant le début de son exposé, le juge du procès a statué que le par. 4(6) de la *LPC* lui interdisait de donner au jury une directive correctrice explicite. Dans la même décision, il a mentionné qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » que le jury puisse inférer du silence de M. Prokofiew que ce dernier était coupable des infractions reprochées, s'il ne « fai[sait] pas un exposé adéquat au jury » (d.a., vol. I, p. 7).

[14] Malgré les propos non équivoques du juge du procès, je considère important le fait que ni ce dernier de son propre chef, ni l'avocat qui représentait M. Prokofiew à l'époque n'ont soulevé la possibilité de juger séparément M. Prokofiew et M. Solty. Il était clairement possible de tenir des procès distincts si le juge du procès était convaincu que les intérêts de la justice commandaient une telle mesure : *Code criminel*, al. 591(3)b) — et cela aurait réglé le problème si, comme le prétend maintenant M. Prokofiew, prétention à laquelle souscrit mon collègue, le risque mentionné par le juge du procès était si grand qu'il ne pouvait pas être écarté par des directives visant à corriger, bien qu'indirectement, l'effet du message erroné communiqué par l'avocat de M. Solty. L'avocat de M. Prokofiew était sans doute d'avis que les directives du juge au jury suffiraient et, pour cette raison, il s'est abstenu de demander la tenue de procès distincts. Je préfère retenir cette interprétation de son omission de demander la tenue de procès distincts, plutôt que considérer qu'il s'agissait d'une décision tactique visant à se ménager un motif d'appel si les choses tournaient mal au procès.

[15] En ce qui concerne le juge du procès, je ne puis accepter qu'il aurait laissé le procès contre M. Prokofiew suivre son cours s'il avait vraiment

impugned remarks had irretrievably compromised Mr. Prokofiew's fair trial rights. On the contrary, I am satisfied that he proceeded — with the acquiescence of Mr. Prokofiew's trial counsel — on the belief that he could disabuse the jury of the notion that Mr. Prokofiew's silence at trial could be used as evidence of his guilt. And that, in my view, is precisely what the trial judge proceeded to do.

[16] My colleague states that the trial judge's instructions "left [the jury] to determine for themselves, with no assistance from the judge, the evidentiary and legal effect of Mr. Prokofiew's failure to testify at trial" (para. 87). He further contends that, absent an explicit instruction from the trial judge, "[w]e have no basis for supposing that the jury understood . . . which [of the two] counsel had stated the law correctly" (para. 89). With respect, I do not share his view that the jury was left on its own without guidance, relegated in the end to choose, presumably as a matter of guesswork, which of the two counsel had accurately stated the law.

[17] First, the jury was told by the trial judge that he (the trial judge) was supreme in the law and that they must take the law from him. The jury was also told that if they had questions, they were to put the questions in writing and the trial judge would answer them in open court.

[18] In view of those instructions, I believe that if the jury had been faced with the quandary my colleague poses — as to which of the two counsel, who had made "diametrically opposite submissions on a fundamental principle of law" (para. 88), they should believe — they would have asked the trial judge for clarification. I do not accept that they would have left the matter to guesswork or any other form of conduct that would indicate that the jury was being untrue to its oath.

[19] As it is, the jury did not ask a question about the two "diametrically opposite submissions". That

estimé que les remarques contestées avaient irrémédiablement compromis le droit de M. Prokofiew à un procès équitable. Au contraire, je suis convaincu qu'il a poursuivi l'instance — avec l'assentiment de l'avocat de M. Prokofiew — en se disant qu'il pourrait éliminer dans l'esprit des jurés l'idée que le silence de M. Prokofiew au procès pouvait être invoqué comme preuve de sa culpabilité. Et, selon moi, c'est précisément ce que le juge du procès a fait.

[16] Mon collègue affirme que, à la suite des directives du juge du procès, les jurés « ont été laissés à eux-mêmes et ont dû déterminer seuls, sans aide de la part du juge, les conséquences juridiques ainsi que les conséquences du point de vue de la preuve du défaut de M. Prokofiew de témoigner au procès » (par. 87). Il dit de plus que, en l'absence de directive explicite du juge, « [r]ien ne nous permet de penser que le jury a su déterminer [. . .] lequel des avocats avait exposé correctement le droit » (par. 89). Avec égards, je ne peux me rallier à l'opinion du juge Fish selon laquelle les jurés ont été laissés à eux-mêmes, sans directive, et qu'ils ont vraisemblablement été obligés, en fin de compte, de deviner lequel des deux avocats avait exposé correctement le droit.

[17] Premièrement, le juge du procès a dit aux jurés que c'était lui (le juge) qui avait le dernier mot sur le droit applicable et qu'ils devaient s'en remettre à lui à cet égard. Il leur a également dit que, s'ils avaient des questions, ils devaient les formuler par écrit et qu'il y répondrait en salle d'audience.

[18] À la lumière de ces directives, j'estime que si les jurés avaient fait face au dilemme évoqué par mon collègue — à savoir déterminer lequel des avocats, qui avaient tous deux présenté « des observations diamétralement opposées sur un principe juridique fondamental » (par. 88), ils devaient croire — ils auraient demandé des précisions au juge du procès. Je n'accepte pas l'idée qu'ils se seraient livrés à des conjectures ou à tout autre comportement indiquant qu'ils ne respectaient pas leur serment.

[19] En fait, le jury n'a pas posé de question au sujet des « observations diamétralement opposées »

leads to a second area of disagreement with my colleague. It relates to the instructions the jury received and whether those instructions, though not explicit, were sufficient to overcome the risk that the trial judge had flagged — that the jury would use Mr. Prokofiew’s silence at trial as evidence of guilt.

[20] As indicated, my colleague maintains that the jury received no assistance from the trial judge in this regard. They were “left free”, he maintains, “to treat Mr. Prokofiew’s failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason” (para. 92). With respect, I disagree. I prefer instead Doherty J.A.’s analysis of the instructions, and his conclusion that, considered in their entirety, the jury would have understood that the Crown could prove Mr. Prokofiew’s guilt only on the evidence, that his silence at trial did not constitute evidence, and that it could therefore not be used to infer guilt.

[21] As Doherty J.A. points out, the trial judge made it clear to the jury that the Crown carried the burden of proof throughout the proceedings and that there was no obligation on the part of Mr. Prokofiew to present evidence or prove anything. The trial judge also emphasized that the jury was to base its verdict on the evidence given during the trial and nothing else. Importantly, he defined “evidence” as being “[o]nly things that are admitted, the exhibits and the things witnesses say in testimony before you” (A.R., vol. V, at p. 143). Like Doherty J.A., I believe the jury would have understood from this that Mr. Prokofiew’s silence did not constitute evidence, and, as such, it could not be used in determining his guilt.

[22] My colleague points out that the trial judge did not give an explicit instruction to the jury about

des deux avocats. Cela m’amène à un deuxième point de désaccord avec mon collègue. Il a traité aux directives que le jury a reçues et à la question de savoir si, bien que non explicites, ces directives suffisaient pour écarter le risque que le juge du procès avait souligné — c’est-à-dire que le jury se serve du silence de M. Prokofiew au procès comme preuve de sa culpabilité.

[20] Comme je l’ai indiqué précédemment, mon collègue soutient que les jurés n’ont reçu aucune assistance de la part du juge du procès à cet égard. Selon lui, on les a « laissés libres de considérer le défaut de témoigner de M. Prokofiew comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable, à tout le moins en partie, pour cette raison » (par. 92). En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Je préfère plutôt l’analyse qu’a faite le juge Doherty des directives et sa conclusion selon laquelle le jury a compris de ces directives, considérées globalement, que le ministère public ne pouvait prouver la culpabilité de M. Prokofiew que sur la foi de la preuve disponible, que son silence au procès ne constituait pas un élément de preuve et qu’il ne pouvait donc pas être utilisé pour inférer que l’accusé était coupable.

[21] Comme le souligne le juge d’appel Doherty, le juge du procès a clairement expliqué au jury que le ministère public avait le fardeau de la preuve tout au long de l’instance, et que M. Prokofiew n’était aucunement tenu de présenter des éléments de preuve ou de prouver quoi que ce soit. Le juge du procès a également souligné que le jury devait fonder son verdict sur la preuve soumise durant le procès et sur rien d’autre. Fait important, il a défini la « preuve » comme étant [TRADUCTION] « [u]niquement les choses qui sont admises, les pièces et ce que les témoins disent dans leurs dépositions devant vous » (d.a., vol. V, p. 143). À l’instar du juge d’appel Doherty, j’estime que le jury a compris de ces explications que le silence de M. Prokofiew ne constituait pas une preuve et que, pour cette raison il ne pouvait être utilisé pour statuer sur la culpabilité.

[22] Mon collègue indique que le juge du procès n’a donné aux jurés aucune directive explicite

the impropriety of using Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt. I agree. However, I do not agree that the jury received no assistance from the trial judge on the matter. On the contrary, I am satisfied that the trial judge implicitly endorsed the remarks Mr. Prokofiew's counsel made in direct response to the improper remarks made by Mr. Solty's counsel. At the very least, the trial judge went a long way in that direction.

[23] In response to the impugned remarks, counsel for Mr. Prokofiew juxtaposed other jurisdictions in the world where accused persons were required to disprove their guilt with the situation in Canada:

That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.

In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. [A.R., vol. V, at p. 27]

[24] In his instructions to the jury, the trial judge picked up on this theme and endorsed it as follows:

Mr. Solty and Mr. Prokofiew do not have to present evidence or prove anything in this case. In particular, they do not have to prove that they are innocent of the crimes charged [*sic*]. From start to finish, it is the Crown that must prove guilt beyond a reasonable doubt. It is Crown counsel who must prove Mr. Solty's guilt and/or Mr. Prokofiew's guilt beyond a reasonable doubt, not Mr. Prokofiew or Mr. Solty who must prove their innocence. [A.R., vol. V, at p. 133]

Doherty J.A. observed that this jury instruction "tied the presumption of innocence into the burden of proof in a manner that spoke almost directly to the irrelevance of the appellant's failure to testify" (para. 49). I agree.

précisant qu'il leur était interdit de se servir du silence de M. Prokofiew au procès comme preuve de sa culpabilité. Je suis du même avis. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que les jurés n'ont reçu aucune assistance à cet égard de la part du juge du procès. Au contraire, je suis convaincu que le juge du procès a implicitement cautionné les remarques que l'avocat de M. Prokofiew a formulées en réponse directe aux commentaires inadmissibles de l'avocat de M. Solty. Il a à tout le moins fait un grand pas en ce sens.

[23] Répondant aux remarques litigieuses, l'avocat de M. Prokofiew a comparé la situation qui existe au Canada à celle qui existe dans d'autres pays du monde, où les accusés doivent prouver qu'ils ne sont pas coupables :

[TRADUCTION] Ce n'est heureusement pas ainsi que les choses se passent au Canada. Nous avons le luxe et la gratitude [*sic*] de disposer d'un système dans lequel l'État est tenu de prouver la culpabilité de l'accusé avant qu'une condamnation ou un verdict de culpabilité puisse être prononcé.

Dans cette situation, c'est la raison pour laquelle M. Prokofiew n'a pas à présenter de preuve, et c'est pourquoi il ne l'a pas fait. [d.a., vol. V, p. 27]

[24] Dans ses directives au jury, le juge du procès a repris cette idée et l'a approuvée en ces termes :

[TRADUCTION] M. Solty et M. Prokofiew ne sont pas tenus de présenter de preuve ou de prouver quoi que ce soit en l'espèce. De façon plus particulière, ils n'ont pas à prouver qu'ils n'ont pas commis les crimes reprochés. Du début à la fin, c'est le ministère public qui doit prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité des accusés. C'est à l'avocat du ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable que M. Solty et/ou M. Prokofiew sont coupables, et non à M. Prokofiew ou à M. Solty de prouver leur innocence. [d.a., vol. V, p. 133]

Le juge d'appel Doherty a fait remarquer que cette directive au jury [TRADUCTION] « avait su rattacher la présomption d'innocence au fardeau de la preuve de façon telle que cela revenait presque directement à dire que le fait que l'appellant n'avait pas témoigné n'était pas pertinent » (par. 49). Je partage cet avis.

[25] In the face of an instruction that effectively endorsed the remarks of Mr. Prokofiew’s counsel on the very issue of concern, I fail to see how it can be said that the trial judge left the jury to cast about on its own, with free rein to treat Mr. Prokofiew’s failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason.

[26] In sum, while I agree that an explicit remedial instruction from the trial judge would have been preferable — and would have been warranted in these circumstances — I am satisfied that the instructions that were given in the instant case, when considered as a whole, were adequate. Like Doherty J.A., I am confident that the jury would have understood, in the context of the entirety of the instructions, that the Crown could prove Mr. Prokofiew’s guilt only on the evidence and, as Mr. Prokofiew’s silence at trial did not constitute evidence, it could not be used to prove his guilt. However, I do not fault the trial judge for concluding — wrongly but understandably — that he was prohibited by s. 4(6) of the *CEA* from making any reference at all to Mr. Prokofiew’s failure to testify. My colleague has addressed that matter and it should not pose a problem in future cases.

B. Failure to Exclude Inadmissible Hearsay Evidence

[27] The trial judge improperly admitted various cheque stubs and a deposit book into evidence. Crown counsel at trial alleged that the stubs and deposit book recorded cash payments to Mr. Prokofiew from Discount Sales, one of the commercial vehicles of the fraud. Defence counsel at trial disputed that the “E” to which the documents referred was his client, Ewaryst “Eddie” Prokofiew. In my opinion, the trial judge’s error was minor and the verdict would inevitably have been the same had he not made it.

[25] En présence d’une directive approuvant concrètement les remarques de l’avocat de M. Prokofiew sur la question même qui nous occupe, je ne vois pas comment on peut affirmer que le juge du procès a abandonné les jurés à eux-mêmes, les laissant ainsi libres de considérer le défaut de M. Prokofiew de témoigner comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable sur la base de ce motif, du moins en partie.

[26] En résumé, bien que je sois moi aussi d’avis qu’une directive correctrice explicite de la part du juge du procès aurait été préférable — et justifiée dans les circonstances —, je suis convaincu que, considérées globalement, les directives qui ont été données en l’espèce étaient adéquates. À l’instar du juge d’appel Doherty, je suis certain que le jury avait compris, à la lumière de l’ensemble des directives, que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité de M. Prokofiew que sur la foi de la preuve et que, comme le silence de M. Prokofiew au procès ne constituait pas un élément de preuve, il ne pouvait être utilisé pour prouver que ce dernier était coupable. Toutefois, je ne reproche pas au juge du procès d’avoir conclu — à tort, mais d’une manière par ailleurs compréhensible — que le par. 4(6) de la *LPC* lui interdisait de formuler tout commentaire que ce soit au sujet du défaut de témoigner de M. Prokofiew. Mon collègue a traité de cette question et elle ne devrait pas poser de problèmes dans de futures affaires.

B. Le défaut d’exclure la preuve par oui-dire inadmissible

[27] Le juge du procès a à tort admis en preuve un certain nombre de talons de chèque ainsi qu’un livret de dépôt. L’avocat qui représentait le ministère public au procès a plaidé que les talons et le livret de dépôt constataient des paiements en liquide faits à M. Prokofiew par Discount Sales, l’une des sociétés utilisées comme instrument de la fraude. L’avocat de la défense au procès a prétendu que la lettre « E » figurant sur les documents ne désignait pas son client, Ewaryst « Eddie » Prokofiew. À mon avis, il s’agissait d’une erreur mineure de la part du juge du procès et, même s’il ne l’avait pas commise, le verdict aurait inévitablement été identique.

[28] My colleague, however, maintains that the admission of the impugned documents was sufficiently serious to preclude the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. He points out that the Crown's case against Mr. Prokofiew rested almost entirely on the evidence of two disreputable witnesses, Messrs. Solty and Tulloch (the latter being a co-accused who had pled guilty before the trial of Messrs. Solty and Prokofiew and had since become a Crown witness). The jury was told to proceed with caution and to look for confirmatory evidence before acting on their testimony to convict Mr. Prokofiew. Depending on their assessment of the cheque stubs and deposit book, the jury was instructed that those items could constitute confirmatory evidence of Mr. Tulloch's testimony, which in turn would bear on the jury's evaluation of Mr. Solty's credibility. Hence, according to my colleague, the error was not harmless, because the jury "may [have relied] on the impugned evidence to take a small but critical first step in a chain of deductions leading to a finding of guilt" (para. 111).

[29] As indicated, I take a different view of the error. In my view, it was minor and the verdict would inevitably have been the same had it not been made.

[30] Importantly, the impugned documents did not stand alone. Other documentary items existed that lent support to the testimony of Messrs. Solty and Tulloch. These items included:

- sixteen invoices written by Mr. Prokofiew that set out the structure of the various fraudulent transactions;
- financial records confirming Mr. Tulloch's evidence that Mr. Prokofiew used Discount Sales to funnel portions of Mr. Tulloch's share of the illicit proceeds into

[28] Mon collègue soutient cependant que l'admission en preuve des documents contestés constitue une erreur suffisamment grave, qui fait obstacle à l'application de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Il souligne que la preuve du ministère public contre M. Prokofiew reposait presque entièrement sur les dépositions de deux témoins peu recommandables, MM. Solty et Tulloch (ce dernier étant un coaccusé qui a plaidé coupable avant le procès de MM. Solty et Prokofiew et qui est depuis devenu témoin à charge). Les jurés ont été instruits de faire montre de prudence et de se demander s'il existait des éléments de preuve corroborante avant de se fonder sur les témoignages de ces personnes pour conclure à la culpabilité de M. Prokofiew. Ils ont également été avisés que, selon l'appréciation qu'ils feraient des talons de chèque et du livret de dépôt, ces éléments pourraient constituer des éléments de preuve confirmant le témoignage de M. Tulloch, témoignage qui à son tour pourrait influencer sur leur évaluation de la crédibilité de M. Solty. Par conséquent, selon mon collègue, l'erreur en question n'était pas inoffensive, parce que le jury « [a pu] s'appuyer sur [l']élément [contesté] pour tirer une première inférence limitée mais capitale dans une série de déductions menant à un verdict de culpabilité » (par. 111).

[29] Comme je l'ai indiqué plus tôt, je suis d'avis différent en ce qui concerne cette erreur. Selon moi, il s'agit d'une erreur mineure et, si elle n'avait pas été commise, le verdict aurait inévitablement été le même.

[30] Fait important, les documents contestés n'étaient pas les seules pièces documentaires. Il existait en effet d'autres éléments de preuve documentaire étayant les témoignages de MM. Solty et Tulloch, notamment les suivants :

- seize factures écrites par M. Prokofiew faisant état de la structure des diverses opérations frauduleuses;
- des registres financiers confirmant le témoignage de M. Tulloch selon lequel M. Prokofiew s'était servi de Discount Sales pour convertir une partie de la part de M. Tulloch

purchases of a motorcycle and a boat for Mr. Tulloch;

- the Articles of Incorporation for Discount Sales showed Mr. Prokofiew's home address as the address for the first director; and
- a document listed John O'Meara, Mr. Prokofiew's father-in-law, as the first director of Discount Sales.

[31] In respect of John O'Meara's directorship, his widow testified that he had nothing to do with the operation of the business. She further testified that her husband had no significant assets when he passed away.

[32] The various documentary items that I have listed, in conjunction with the testimony of Mrs. O'Meara, provided the jury with ample confirmatory evidence. The jury was entitled to rely on that evidence to restore its faith in Messrs. Solty and Tulloch and to act on their evidence to convict Mr. Prokofiew.

[33] Apart from the significant body of confirmatory evidence that existed over and above the impugned cheque stubs and deposit book, it is worth noting, for the purposes of assessing the seriousness of the error, that the trial judge cautioned the jury in strong terms that the cheque stubs were hearsay evidence and that it was not possible to cross-examine the person who had written the entries on them. He further told the jury that the stubs were "of dubious reliability" and that the jury "should approach them with great caution" (A.R., vol. V, at p. 162). After reviewing the factors that the jury might wish to consider in deciding what use to make of the cheque stubs, if any, the trial judge completed his remarks with a second strong warning. He reminded the jury that "[n]o witness [had] testified as to these cheque stubs" after reiterating the need to "approach [them] with caution" (A.R., vol. V, at p. 165).

dans les gains illicites afin d'acheter une motocyclette et un bateau à ce dernier;

- les statuts constitutifs de Discount Sales, dans lesquels l'adresse domiciliaire de M. Prokofiew correspondait à l'adresse du premier administrateur;
- une mention indiquant que John O'Meara, le beau-père de M. Prokofiew, était le premier administrateur de Discount Sales.

[31] Relativement au poste d'administrateur de John O'Meara, sa veuve a témoigné qu'il ne participait d'aucune façon à l'exploitation de l'entreprise. Elle a de plus affirmé que son mari ne possédait aucun actif important au moment de son décès.

[32] Conjugués au témoignage de M^me O'Meara, les divers éléments de preuve documentaire que j'ai énumérés ont constitué pour le jury une preuve confirmative amplement suffisante. Le jury était autorisé à se fonder sur cette preuve pour prêter foi aux témoignages de MM. Solty et Tulloch, et à s'appuyer sur ces témoignages pour déclarer M. Prokofiew coupable.

[33] Outre le nombre important d'éléments de preuve confirmative qui existaient en plus des talons de chèque et du livret de dépôt litigieux, il convient de souligner que, pour les besoins de l'appréciation de la gravité de l'erreur, le juge du procès a prévenu en termes non équivoques les jurés que les talons de chèque constituaient du oui-dire et qu'il n'était pas possible de contre-interroger la personne qui avait fait les inscriptions sur ces documents. Il leur a de plus dit que les talons étaient [TRADUCTION] « d'une fiabilité douteuse » et qu'ils « devaient faire montre de beaucoup de circonspection à leur égard » (d.a., vol. V, p. 162). Après avoir passé en revue les facteurs que les jurés pourraient vouloir considérer pour décider quelle utilisation ils pouvaient faire des talons de chèque, s'ils choisissaient de le faire, le juge du procès a terminé son exposé par une deuxième mise en garde ferme sur cette question. Il leur a en effet rappelé qu'« aucun témoin [n'avait] déposé au sujet de ces talons de chèque », après avoir réitéré qu'ils devaient « faire montre de circonspection à leur égard » (d.a., vol. V, p. 165).

[34] In the face of those instructions and the other items of confirmatory evidence available to the jury, I cannot accept that the admission of the cheque stubs and deposit book amounted to a significant error. The error, in my view, was harmless in its overall effect — and I have no doubt that the verdict would have been the same had it not been made. Accordingly, this is a case where the curative proviso can safely be applied to uphold the conviction.

III. Conclusion

[35] Taking into account the entirety of the trial judge's instructions, I am satisfied that the jury would have understood that Mr. Prokofiew's silence at trial could not be used as evidence of his guilt. As for the trial judge's error in admitting the hearsay evidence, in my view, the error was harmless and there is no realistic possibility that the verdict would have been different had it not been made.

[36] Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[37] At the conclusion of their joint trial before judge and jury, Ewaryst Prokofiew and Peter Solty were both convicted of fraud and conspiracy to defraud the Government of Canada of \$3.25 million ([2005] G.S.T.C. 135).

[38] Mr. Prokofiew did not testify. Mr. Solty did, proclaiming his innocence and incriminating Mr. Prokofiew.

[39] In his closing address to the jury, Mr. Solty's counsel implied that Mr. Prokofiew's silence indicated that he had something to hide. There is no dispute as to the significance of counsel's words:

[34] À la lumière de ces directives et des autres éléments de preuve confirmative dont disposait le jury, je ne puis accepter que l'admission en preuve des talons de chèque et du livret bancaire a constitué une erreur importante. Cette erreur n'a eu, selon moi, qu'un effet global inoffensif — et je n'ai aucun doute que le verdict aurait été identique même si l'erreur n'avait pas été commise. En conséquence, nous sommes en présence d'un cas où la disposition réparatrice peut en toute confiance être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité.

III. Conclusion

[35] Compte tenu de l'ensemble des directives données par le juge du procès, je suis convaincu que le jury a compris que le silence de M. Prokofiew au procès ne pouvait pas être utilisé comme preuve de sa culpabilité. En ce qui concerne l'erreur qu'a commise le juge du procès en admettant la preuve par oui-dire, je suis d'avis qu'il s'agit d'une erreur inoffensive et que le verdict n'aurait pu réalistement être différent même si elle n'avait pas été faite.

[36] Par conséquent, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[37] Au terme d'un procès conjoint devant juge et jury, Ewaryst Prokofiew et Peter Solty ont été déclarés coupables de fraude et de complot en vue de frauder le gouvernement du Canada ([2005] G.S.T.C. 135). La somme concernée était de 3,25 millions de dollars.

[38] Monsieur Prokofiew n'a pas témoigné, mais M. Solty l'a fait, proclamant son innocence et incriminant M. Prokofiew.

[39] Dans son exposé final au jury, l'avocat de M. Solty a laissé entendre que le silence de M. Prokofiew indiquait que celui-ci avait quelque chose à cacher. La teneur des propos de l'avocat

The Crown concedes in its factum that “counsel for Mr. Solty suggested [to the jury] that [Mr. Prokofiew] *had not testified because he was guilty of the alleged offences*” (R.F., at para. 2 (emphasis added)).

[40] The trial judge recognized that no such inference was permitted and he wanted to make this clear to the jury. He concluded there was a “significant risk” that the jury might otherwise, as suggested by Mr. Solty’s counsel, infer from Mr. Prokofiew’s silence that he was guilty as charged (A.R., vol. I, at p. 7).

[41] In response to defence counsel’s request for a “strong [remedial] direction”, the trial judge replied: “You can count on it” (A.R., vol. V, at p. 92).

[42] “[T]here are few rights more fundamental than the right to remain silent”, the judge added, “and it must be made clear to the jury . . . that they may not consider Mr. Prokofiew’s silence . . . as indicative of guilt when they come to considering his guilt or innocence” (A.R., vol. V, at p. 92).

[43] After considering two decisions of this Court, however, the trial judge held — wrongly but understandably, as we shall see — that he was prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, from making any reference at all to Mr. Prokofiew’s failure to testify. He therefore refrained from giving the remedial instruction that he had earlier thought necessary to prevent the jury from drawing the impermissible inference they had been invited to draw by Mr. Solty’s counsel.

[44] The Court of Appeal for Ontario, correctly in my view, held that s. 4(6) prohibits comments *prejudicial to the accused* — but not the remedial instruction requested by defence counsel and contemplated by the judge (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). The Court of Appeal held as well, again correctly, that the trial judge had erred in

n’est pas contestée : le ministère public concède dans son mémoire que [TRADUCTION] « l’avocat de M. Solty a suggéré [au jury] que [M. Prokofiew] *n’avait pas témoigné parce qu’il était coupable des infractions reprochées* » (m.i., par. 2 (italiques ajoutés)).

[40] Le juge du procès a reconnu qu’aucune inférence de la sorte n’est permise, et il voulait l’indiquer clairement au jury. Il a conclu qu’il existait un [TRADUCTION] « risque important » qu’en l’absence d’instruction de sa part le jury puisse inférer du silence de M. Prokofiew que ce dernier était coupable des infractions reprochées, comme l’insinuait l’avocat de M. Solty (d.a., vol. I, p. 7).

[41] À l’avocat de la défense, qui sollicitait une [TRADUCTION] « directive [correctrice] non équivoque », le juge du procès a répondu ceci : « Vous pouvez compter là-dessus » (d.a., vol. V, p. 92).

[42] Le juge a ajouté que [TRADUCTION] « peu de droits sont plus fondamentaux que le droit de garder le silence » et qu’« il fallait clairement indiquer aux jurés [. . .] qu’ils ne peuvent considérer le silence de M. Prokofiew comme un signe de culpabilité lorsqu’ils s’interrogent sur sa culpabilité ou son innocence » (d.a., vol. V, p. 92).

[43] Toutefois, après avoir examiné deux arrêts de notre Cour, le juge du procès a conclu — erronément mais de manière compréhensible, comme nous le verrons —, que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, lui interdisait tout commentaire au sujet du défaut de M. Prokofiew de témoigner. En conséquence, il s’est abstenu de formuler la directive correctrice qu’il avait précédemment jugée nécessaire pour éviter que le jury ne tire l’inférence prohibée que l’avocat de M. Solty l’invitait à tirer.

[44] La Cour d’appel de l’Ontario a, à juste titre selon moi, conclu que le par. 4(6) interdit les commentaires *préjudiciables à l’accusé* — mais non la directive correctrice demandée par la défense et envisagée par le juge (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). Elle a également jugé, toujours à bon droit, que le juge du procès avait fait erreur en admettant

admitting hearsay evidence. It is undisputed in this Court that the hearsay evidence was inadmissible and ought to have been excluded.

[45] The Court of Appeal nonetheless dismissed Mr. Prokofiew's appeal on the ground that both errors were harmless. With respect, I am of a different view. For the reasons that follow, I would quash Mr. Prokofiew's conviction, allow the appeal and order a new trial.

II

[46] Having concluded that a new trial should be had, I shall refer to the facts only to the extent necessary to explain my conclusion.

[47] Mr. Prokofiew and Mr. Solty were alleged by the Crown to have participated knowingly in a fraudulent scheme involving the sale of non-existent "heavy equipment" between the Maritimes and Ontario. Harmonized Sales Tax (HST) was collected on these fictitious sales but never remitted to the government. In all, the perpetrators of the scheme defrauded the Government of Canada of more than three million dollars.

[48] It was uncontested at trial that the scheme was fraudulent and that Mr. Prokofiew and Mr. Solty had both participated in it. The only live issue was whether they were aware of its fraudulent nature.

[49] Mr. Solty testified that he was an innocent participant. He was induced, he said, to participate in the fraud by Mr. Prokofiew, who orchestrated the scheme.

[50] Mr. Prokofiew did not testify.

[51] In his address to the jury, counsel for Mr. Solty contrasted in the following terms Mr. Prokofiew's silence with Mr. Solty's decision to testify:

It's clear that Mr. Solty never ran and [n]ever tried to hide from his involvement in this case. . . . And when

des éléments de preuve par oui-dire. Personne n'a contesté devant notre Cour que cette preuve était inadmissible et qu'elle aurait dû être écartée.

[45] La Cour d'appel a néanmoins rejeté l'appel de M. Prokofiew, pour le motif que ces deux erreurs n'avaient entraîné aucun préjudice. Avec égards, je suis d'avis contraire. Pour les motifs qui suivent, j'annulerais le verdict de culpabilité de M. Prokofiew, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais un nouveau procès.

II

[46] Ayant conclu qu'un nouveau procès s'impose, je ne ferai mention des faits que dans la mesure nécessaire pour expliquer ma conclusion.

[47] Le ministère public a soutenu que MM. Prokofiew et Solty avaient sciemment participé à un stratagème frauduleux de vente de « machinerie lourde » inexistante entre les Maritimes et l'Ontario. La taxe de vente harmonisée a été perçue à l'égard de ces ventes fictives, mais elle n'a jamais été remise au gouvernement. En tout, les auteurs de ce stratagème auraient fraudé le gouvernement du Canada de plus de trois millions de dollars.

[48] Au procès, personne n'a contesté que ce stratagème était frauduleux et que MM. Prokofiew et Solty y avaient tous deux participé. La seule question litigieuse consistait à décider si ceux-ci étaient conscients de la nature frauduleuse de ces opérations.

[49] Monsieur Solty a témoigné qu'il était un participant innocent, affirmant qu'il avait été incité à prendre part à la fraude par M. Prokofiew, qui avait orchestré le stratagème.

[50] Pour sa part, M. Prokofiew n'a pas témoigné.

[51] Dans son exposé au jury, l'avocat de M. Solty a opposé en ces termes la décision de M. Solty de témoigner et celle de M. Prokofiew de garder le silence :

[TRADUCTION] Il est clair que M. Solty ne s'est jamais dérobé et n'a jamais essayé de cacher sa participation

it came to his turn to tell his side of the story, he did not, like Ewaryst Prokofiew, shirk from that challenge. And why did he do all this? Especially when there was absent no obligation for him to do anything? Because, I suggest, he had nothing to hide. Because he's innocent. Innocent people don't make themselves scarce when the troubles begin. They stand up with their friends and colleagues and try and deal with the problem. I suggest to you that at every turn, Peter Solty acted in a manner that is consistent with an innocent person.

dans cette affaire. [. . .] Et quand est venu son tour de donner sa version des faits, contrairement à Ewaryst Prokofiew il ne s'est pas soustrait à cette tâche. Et pourquoi a-t-il fait tout ça? Surtout qu'il n'avait aucune obligation de faire quoi que ce soit? La raison, je vous dirais, c'est qu'il n'avait rien à cacher. Parce qu'il est innocent. Les gens innocents ne s'enfuient pas devant les difficultés. Ils se tiennent debout avec leurs amis et collègues et essaient de résoudre le problème. J'affirme que Peter Solty s'est à tous égards comporté comme on s'y attendrait d'une personne innocente.

Lastly, Peter Solty took the stand and told his story, warts and all. Ewaryst Prokofiew did not. Mr. Solty accused him of massive monetary fraud, and backed up that accusation with the hand-written invoices and other documentation that he provided to the police. What was Mr. Prokofiew's response? Ask yourself why Ewaryst Prokofiew did not testify. Did he have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth? [A.R., vol. V, at pp. 10-11 and 16-17]

Enfin, Peter Solty s'est présenté à la barre et a donné sa version, sans esquivier les aspects moins reluisants. Ewaryst Prokofiew ne l'a pas fait. M. Solty l'a accusé d'avoir perpétré une fraude énorme, accusation qu'il a étayée par les factures manuscrites et autres documents qu'il avait fournis à la police. Quelle a été la réponse de M. Prokofiew? Demandez-vous pourquoi Ewaryst Prokofiew n'a pas témoigné. Avait-il quelque chose à cacher, ou n'avait-il tout simplement rien à opposer qui puisse l'aider, puisqu'il est futile d'essayer de réfuter la vérité? [d.a., vol. V, p. 10-11 et 16-17]

[52] The trial judge was concerned that these comments could undermine Mr. Prokofiew's right to a fair trial. As earlier mentioned, he felt there was a "significant risk" that the jury would infer that Mr. Prokofiew's silence could be taken as evidence of guilt, in contravention of *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874 (A.R., vol. I, at p. 7). It was therefore necessary, said the judge, to make clear to the jury that no such inference was permitted — "that they may not consider Mr. Prokofiew's silence . . . as indicative of [his] guilt" (A.R., vol. V, at p. 92).

[52] Le juge du procès a craint que ces propos puissent porter atteinte au droit de M. Prokofiew à un procès équitable. Comme je l'ai mentionné précédemment, il pensait qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » que les jurés concluent que le silence de M. Prokofiew pouvait être considéré comme une preuve de sa culpabilité, contrairement aux prescriptions de l'arrêt *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874 (d.a., vol. I, p. 7). Il était donc nécessaire, a précisé le juge, d'expliquer clairement aux jurés qu'une telle inférence n'était pas permise — [TRADUCTION] « qu'ils ne pouvaient considérer le silence de M. Prokofiew [. . .] comme une indication de [sa] culpabilité » (d.a., vol. V, p. 92).

[53] However, after hearing submissions and reviewing *Noble* and *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, the trial judge concluded that s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* precluded him from commenting *in any way* on an accused's silence at trial. He therefore made no reference in his jury instructions to Mr. Prokofiew's failure to testify.

[53] Toutefois, après avoir entendu les plaidoiries et examiné les arrêts *Noble* et *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, le juge du procès a conclu que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* lui interdisait de commenter *de quelque manière que ce soit* le silence d'un accusé au procès. Il n'a en conséquence fait aucune mention dans ses directives au jury du défaut de témoigner de M. Prokofiew.

[54] The Court of Appeal agreed with the trial judge that Sopinka J. did state in *Noble* and *Crawford* that s. 4(6) prohibits any mention of the accused's failure to testify. However, Doherty J.A., speaking for a unanimous Court, found that Justice Sopinka's statements to this effect in both *Noble* and *Crawford* were *obiter dicta*.

[55] Justice Doherty recognized that lower courts should presume that *obiter dicta* of the Supreme Court are binding upon them (para. 21). And he then proceeded to explain, persuasively and with care, why that presumption was inapplicable in this instance.

[56] Justice Doherty first noted that the impugned *obiter dicta* were plainly inconsistent with the *ratio decidendi* of decisions predating *Crawford* and *Noble* — in particular, *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, and *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650.

[57] One reason for treating *obiter* as binding is to preserve and promote certainty in the law. Yet to do so here would have the opposite effect. It would disregard precedent that was not questioned in *Crawford*, *Noble* or subsequent decisions of the Supreme Court — and, indeed, applied recently and consistently at the appellate level in Ontario, and elsewhere in Canada (para. 29, citing, *inter alia*, *R. v. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365 (C.A.), at para. 20, and *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, at paras. 285-88).

[58] Justice Doherty noted as well that the comments in *Crawford* and *Noble* relied on by the judge in this case were not only tangential (para. 36), but entirely inconsistent with the “constitutional vision” articulated in *Noble* itself (para. 39).

[59] The Court of Appeal therefore concluded that the trial judge had misconstrued s. 4(6) of the

[54] À l'instar du juge du procès, la Cour d'appel a estimé que le juge Sopinka avait effectivement affirmé dans *Noble* et *Crawford* que le par. 4(6) interdit toute mention du défaut de témoigner d'un accusé. Toutefois, exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel, le juge Doherty a conclu qu'il s'agissait dans les deux cas de remarques incidentes.

[55] Le juge d'appel Doherty a reconnu que les juridictions inférieures doivent présumer qu'elles sont liées par les remarques incidentes de la Cour suprême (par. 21). Il s'est ensuite employé à expliquer, de manière convaincante et méticuleuse, pourquoi cette présomption ne s'appliquait pas en l'espèce.

[56] Il a d'abord souligné que les remarques incidentes en question étaient nettement incompatibles avec la *ratio decidendi* d'arrêts antérieurs à *Crawford* et *Noble* — en particulier les arrêts *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, et *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650.

[57] D'ailleurs, l'une des raisons pour lesquelles on considère les remarques incidentes comme obligatoires, c'est pour protéger et favoriser la certitude du droit. Or, on obtiendrait le résultat inverse si on le faisait en l'espèce, car on se trouverait à faire abstraction de décisions qui n'ont pas été remises en question dans *Crawford*, *Noble* ou d'autres arrêts postérieurs de la Cour suprême — et qui ont d'ailleurs été appliquées avec constance, et ce, encore récemment par des cours d'appel en Ontario et ailleurs au Canada (par. 29, citant, entre autres, *R. c. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365 (C.A.), par. 20, et *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, par. 285-288).

[58] Le juge Doherty a également indiqué que les commentaires tirés des arrêts *Crawford* et *Noble* sur lesquels le juge du procès s'est appuyé dans la présente affaire avaient non seulement un caractère indirect (par. 36), mais ils étaient tout à fait incompatibles avec la [TRADUCTION] « vision constitutionnelle » exposée dans *Noble* lui-même (par. 39).

[59] La Cour d'appel a par conséquent conclu que le juge du procès avait mal interprété le par. 4(6) de

Canada Evidence Act and could properly have instructed the jury not to draw an adverse inference from Mr. Prokofiew's silence. The court recognized that "no one knows for sure what the jury used or did not use", but found that the absence of a remedial instruction would only be fatal where the "appellant shows a real risk that his silence was misused" (para. 42).

[60] The Court of Appeal concluded that Mr. Prokofiew had not discharged this burden. Relying on the judge's charge as a whole, and more particularly on passages to which I shall later refer, the court was satisfied that the absence of a specific remedial instruction did not amount to reviewable error in this case.

[61] A second ground of appeal raised by Mr. Prokofiew in the Court of Appeal was likewise dismissed. It concerned the admission by the trial judge of hearsay documents that, according to the Crown, implicated Mr. Prokofiew in the fraud. The Crown conceded before the Court of Appeal that this evidence was inadmissible and should therefore have been excluded.

[62] Justice Doherty described the inadmissible hearsay as nothing more than "a small brick in a very large wall built by the evidence offered by the Crown against the appellant" (para. 57). And he concluded that the second error, like the first, was not fatal, since "the rest of the evidence presented an overwhelming case" (para. 57).

[63] In the result, the Court of Appeal found that the erroneous admission of the hearsay evidence "caused no substantial wrong or miscarriage of justice" (para. 54), applied the curative *proviso* of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and dismissed Mr. Prokofiew's appeal.

III

[64] *Noble* establishes that a trier of fact may not draw an adverse inference from the accused's failure to testify and that the accused's silence at trial

la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'il aurait à bon droit pu ordonner au jury de ne tirer aucune conclusion défavorable du silence de M. Prokofiew. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « personne ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé », mais elle a jugé que l'absence de directive correctrice ne serait fatale que dans les cas où « l'appelant démontre l'existence d'un risque réel que son silence ait été utilisé erronément » (par. 42).

[60] La Cour d'appel a jugé que M. Prokofiew ne s'était pas acquitté de ce fardeau. Se fondant sur l'ensemble de l'exposé du juge au jury et, plus particulièrement, sur certains passages dont je ferai état plus loin, la cour a dit être convaincue que l'absence de directive correctrice n'avait pas constitué une erreur donnant ouverture à révision.

[61] Un autre motif d'appel invoqué par M. Prokofiew en Cour d'appel a lui aussi été rejeté. Ce motif se rapportait à l'admission par le juge du procès de documents constituant du oui-dire et qui, selon le ministère public, impliquaient M. Prokofiew dans la fraude. Devant la Cour d'appel, le ministère public a concédé que cette preuve était inadmissible et aurait donc dû être écartée.

[62] Le juge Doherty a affirmé que cette preuve par oui-dire inadmissible n'était guère plus qu'[TRADUCTION] « une petite brique dans le très gros mur que formait la preuve produite contre l'appelant par le ministère public » (par. 57). Il a en outre conclu que cette seconde erreur, tout comme la première, n'était pas fatale, étant donné que « le reste de la preuve était accablant » (par. 57).

[63] En définitive, la Cour d'appel a jugé que l'utilisation erronée de la preuve par oui-dire n'avait entraîné [TRADUCTION] « ni tort important ni erreur judiciaire grave » (par. 54), puis elle a appliqué la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et rejeté l'appel de M. Prokofiew.

III

[64] L'arrêt *Noble* établit que le juge des faits ne peut tirer de conclusion défavorable du défaut d'un accusé de témoigner, et que le silence de celui-ci au

may not be treated as evidence of guilt. To do so would violate the presumption of innocence and the right to silence. It would to that extent and for that reason shift the burden of proof to the accused, turning the accused's constitutional right to silence into a "snare and a delusion" (*Noble*, at para. 72).

[65] We are now urged by the Crown to overrule *Noble*. Upon careful consideration of Crown counsel's full and able argument, and the helpful submissions of all counsel on this issue, I would decline to do so.

[66] I see no persuasive reason to overturn *Noble*. *Noble* is a recent and important precedent regarding a fundamental constitutional principle. The Court's decision in that case is constitutionally mandated and has not proven unworkable in practice. Nothing of significance has occurred since 1997 to cause the Court to reconsider its decision. And it is well established that the Court must exercise particular caution in contemplating the reversal of a precedent where the effect, as here, would be to diminish the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[67] These questions remain: Does s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* prohibit *any comment at all* by the trial judge on the failure of the accused to testify — as the trial judge found in this case? If not, what can trial judges tell juries about the failure of an accused to testify? Was a remedial instruction required in this case? If so, is the absence of a remedial instruction fatal to the verdict?

[68] Section 4(6) of the *Canada Evidence Act* provides:

The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

procès ne peut être considéré comme une preuve de sa culpabilité. Le faire porterait atteinte à la présomption d'innocence ainsi qu'au droit de garder le silence. Dans cette mesure et pour cette raison, cela aurait pour effet de transférer à l'accusé le fardeau de la preuve et à « tendre un piège » à un accusé qui exercerait son droit constitutionnel au silence (*Noble*, par. 72).

[65] Le ministère public nous exhorte aujourd'hui à écarter *Noble*. Après avoir examiné attentivement l'argumentation compétente et exhaustive de l'avocat du ministère public, ainsi que les observations utiles de tous les avocats sur cette question, je n'entends pas accéder à cette demande.

[66] Je ne vois aucune raison convaincante d'écarter l'arrêt *Noble*. Il constitue un précédent important et récent concernant un principe constitutionnel fondamental. La décision qu'a rendue la Cour dans cette affaire est dictée par la Constitution et elle ne s'est pas révélée inapplicable en pratique. Depuis 1997, il n'est rien survenu d'important qui justifierait notre Cour de reconsidérer sa décision. Qui plus est, il est bien établi que la Cour doit se montrer particulièrement prudente lorsque le fait d'écarter un précédent aurait pour effet, comme en l'espèce, de réduire la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.

[67] Il reste à répondre aux questions suivantes. Est-ce que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdit au juge du procès de formuler *quelque commentaire que ce soit* à propos du défaut de témoigner d'un accusé — comme a conclu le juge du procès en l'espèce? Dans le cas contraire, que peut dire le juge au jury à ce sujet? Une directive correctrice était-elle nécessaire dans le présent cas? Dans l'affirmative, l'absence d'une telle directive porte-t-elle un coup fatal au verdict?

[68] Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* est rédigé ainsi :

Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

[69] In *Crawford*, Justice Sopinka stated that s. 4(6) “encompasses both comment prejudicial to the accused, as well as a direction that the jury must not draw an unfavourable conclusion from the accused’s failure to testify” (para. 22).

[70] And he reiterated this observation in *Noble*:

Section 4(6), whose validity is not at issue in the present case, prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The trial judge is therefore prevented from instructing the jury on the impermissibility of using silence to take the case against the accused to one that proves guilt beyond a reasonable doubt. [para. 95]

[71] I agree with Justice Doherty that both comments were *obiter dicta*. Section 4(6) was not at issue in either *Crawford* or *Noble*. *Crawford* dealt with what an accused or defence counsel may say in relation to a co-accused’s pre-trial silence, while *Noble* held that an accused’s silence at trial cannot be used as evidence of guilt.

[72] In both cases, Justice Sopinka’s references to s. 4(6) merely formed part of his description of the legislative background in describing ancillary issues relating to an accused’s silence. His comments were brief and unnecessary to the result. *Dicta* of this sort may be set aside where, as in this instance, there are good reasons to do so: *Henry*, at para. 57.

[73] First, the impugned observations in *Noble* and *Crawford* ignored — indeed, contradicted — judgments of the Court that explicitly defined and applied s. 4(6) (*McConnell*, at p. 809; *Avon*, at p. 655; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at pp. 557-58). These well-established precedents cannot be taken to have been overruled without mention — *en passant*, as it were — by *obiter* comments in *Crawford* and *Noble*.

[69] Dans l’arrêt *Crawford*, le juge Sopinka a déclaré que le par. 4(6) « vise aussi bien une observation préjudiciable à l’accusé qu’une directive selon laquelle le jury ne doit pas tirer une conclusion défavorable du fait que l’accusé n’a pas témoigné » (par. 22).

[70] Il a réitéré cette observation dans *Noble* :

Le paragraphe 4(6), dont la validité n’est pas en cause dans le présent pourvoi, interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l’accusé. Le juge du procès ne peut donc pas donner au jury de directives concernant l’interdiction de s’appuyer sur le silence de l’accusé pour considérer que la preuve établit sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. [par. 95]

[71] À l’instar du juge d’appel Doherty, je suis d’avis que ces deux commentaires constituaient des remarques incidentes. En effet, le par. 4(6) n’était en cause ni dans *Crawford* ni dans *Noble*. Le premier arrêt portait sur ce qu’un accusé ou un avocat de la défense est autorisé à dire au sujet du silence d’un coaccusé avant le procès, tandis que dans le second il a été jugé que le silence d’un accusé au procès ne peut être invoqué comme preuve de sa culpabilité.

[72] Dans les deux pourvois, le juge Sopinka a fait mention du par. 4(6) simplement pour exposer le contexte législatif de certaines questions accessoires relatives au silence d’un accusé. Ses commentaires ont été brefs et n’étaient pas essentiels au résultat. De telles remarques incidentes peuvent être écartées lorsqu’il existe, comme en l’espèce, de bonnes raisons de le faire : *Henry*, par. 57.

[73] Premièrement, les observations contestées dans *Noble* et *Crawford* ne tenaient pas compte — et d’ailleurs allaient à l’encontre — de jugements de notre Cour qui avaient explicitement défini et appliqué explicitement le par. 4(6) (*McConnell*, p. 809; *Avon*, p. 655; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, p. 557-558). Cette jurisprudence bien établie ne saurait avoir été écartée sans mention à cet effet — *en passant*, pour ainsi dire — par des remarques incidentes formulées dans *Crawford* et *Noble*.

[74] Second, as *McConnell*, *Avon* and *Potvin* demonstrate, a purposive interpretation of s. 4(6) compels the conclusion that trial judges may inform the jury of the accused's right to silence and the protection it affords. More specifically, applying *Noble*, trial judges may instruct the jury that, as a matter of law, no adverse inference may be drawn from the failure of the accused to testify.

[75] In *McConnell*, the trial judge instructed the jury that there was no onus on an accused to testify and that they should not be influenced in their decision by the accused's silence at trial (p. 815). In rejecting the contention that the trial judge's instructions contravened s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* (now s. 4(6)), Ritchie J. explained:

Here the language used by the trial judge to which objection is taken was not so much a "comment" on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it does not appear to me that it should be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard. . . .

I think it is to be assumed that the section in question was enacted *for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.* [Emphasis added; p. 809.]

[76] *Avon* dealt with a similar instruction. And the Court again rejected a submission that s. 4(5) (now s. 4(6)) prohibits any mention by the trial judge of the accused's silence at trial:

. . . I would say that the language used by [the trial judge] is a "statement" of an accused's right not to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt. [p. 655]

[77] Similarly, in *Potvin*, Wilson J. held that s. 4(5) (now s. 4(6)) must be interpreted in a

[74] Deuxièmement, comme le démontrent les arrêts *McConnell*, *Avon* et *Potvin*, l'interprétation téléologique du par. 4(6) oblige à conclure que le juge du procès peut informer le jury du droit au silence d'un accusé et de la protection qui en découle. Plus précisément, le juge peut, suivant *Noble*, dire au jurés que le droit leur interdit de tirer quelque conclusion défavorable que ce soit du défaut de témoigner de l'accusé.

[75] Dans *McConnell*, le juge du procès avait indiqué aux jurés qu'un accusé n'est pas tenu de témoigner et que le silence de ce dernier au procès ne devait pas influencer leur décision (p. 815). Rejetant l'argument selon lequel ces directives du juge contrevenaient au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* (l'actuel par. 4(6)), le juge Ritchie a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] Ici, les termes dans lesquels le juge de première instance s'est exprimé, et qu'on lui reproche, ne sont pas tant un « commentaire » sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir; je ne crois pas qu'on puisse conclure qu'en édictant le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement a eu l'intention d'empêcher les juges d'expliquer aux jurés les règles de droit quant aux droits des accusés sur ce point. . . .

Je pense qu'il faut tenir pour acquis que l'article en question a été adopté *pour protéger les accusés du danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.* [Italiques ajoutés; p. 809.]

[76] *Avon* portait sur une directive analogue. Encore une fois, la Cour n'a pas retenu l'argument selon lequel le par. 4(5) (l'actuel par. 4(6)) interdit au juge du procès toute mention relative au silence d'un accusé :

. . . je dirais que le langage employé par [le juge du procès] est plutôt un « énoncé » du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un « commentaire » sur son abstention de ce faire. À mon avis, les instructions reprochées ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudicielle à l'accusé ou aptes à suggérer aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. [p. 655]

[77] De même, dans l'arrêt *Potvin*, la juge Wilson a statué que le par. 4(5) (l'actuel par. 4(6)) doit être

purposive and not literal manner. Properly understood, it prohibits only statements prejudicial to the accused (pp. 557-58).

[78] Quite properly, the Crown has conceded before us that s. 4(6) should be interpreted in accordance with *McConnell, Avon and Potvin*.

[79] In short, s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* does not prohibit an affirmation by the trial judge of the accused's right to silence. And, in appropriate circumstances, an instruction that no adverse inference may be drawn from the silence of the accused at trial is not a prohibited "comment" on the accused's failure to testify within the meaning of that provision.

IV

[80] I turn now to consider whether the trial judge in this case erred in failing to instruct the jury that no adverse inference could be drawn from the appellant's failure to testify. Unlike the Court of Appeal, and with the greatest of respect, I believe that he did. And I believe as well that this error, though understandable in light of *Crawford* and *Noble*, is fatal to the jury's verdict.

[81] The Court of Appeal recognized that "no one knows for sure what the jury used or did not use", but found that the absence of a remedial instruction would only be fatal where the "appellant shows a real risk that his silence was misused" (para. 42).

[82] In concluding that Mr. Prokofiew had not discharged that burden, the Court of Appeal pointed to various passages of the judge's charge. Essentially, in the passages considered by the Court of Appeal (paras. 46-48), the trial judge instructed the jury that their verdict must be based on "the evidence put before you, and only on that evidence" (A.R., vol. V, at p. 125); that both Mr. Prokofiew and Mr. Solty were presumed

interprété de manière téléologique et non littérale. Selon le sens qu'il convient de lui donner, cette disposition prohibe uniquement les commentaires préjudiciales à l'accusé (p. 557-558).

[78] Devant nous, le ministère public a à juste titre reconnu que le par. 4(6) doit être interprété conformément aux arrêts *McConnell, Avon et Potvin*.

[79] En résumé, le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé au silence. En outre, lorsque les circonstances le justifient, une directive précisant qu'aucune inférence défavorable ne peut être tirée du silence de l'accusé ne constitue pas un « commentaire » prohibé au sujet du défaut de témoigner au sens de cette disposition.

IV

[80] Je passe maintenant à la question de savoir si le juge du procès a fait erreur en ne disant pas au jury qu'aucune inférence défavorable ne pouvait être tirée du défaut de l'appelant de témoigner. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel, j'estime que le juge du procès a commis une erreur. De plus, j'estime que cette erreur — bien que compréhensible à la lumière des arrêts *Crawford* et *Noble* — est néanmoins fatale pour le verdict du jury.

[81] La Cour d'appel a reconnu que [TRADUCTION] « nul ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé », mais elle a jugé que l'absence de directive correctrice ne serait fatale que dans les cas où « l'appelant démontre l'existence d'un risque réel que son silence ait été utilisé erronément » (par. 42).

[82] Se reportant à divers passages de l'exposé du juge au jury, la Cour d'appel a conclu que M. Prokofiew n'avait pas fait cette démonstration. Essentiellement, dans les passages en question (par. 46-48) le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils devaient fonder leur verdict [TRADUCTION] « sur la preuve qui [leur avait] été présentée et uniquement sur cette preuve » (d.a., vol. V, p. 125), que MM. Prokofiew et Solty devaient tous deux être

innocent throughout the trial; that they did not have to prove their innocence; and that the presumption of their innocence “is only defeated if and when Crown counsel has satisfied all of you, beyond a reasonable doubt, that either or both Mr. Prokofiew and Mr. Solty are guilty of either or both of the crimes with which they are each charged” (p. 132).

[83] Relying on the entirety of the judge’s instructions, and notably on the instructions mentioned, the court was satisfied “that the jury would understand that the Crown could prove the appellant’s guilt based only on the evidence, and that the appellant’s silence at trial — or indeed, any other non-evidentiary matter — could not be used to infer the appellant’s guilt” (para. 51).

[84] The Court of Appeal also characterized as a “direct response” (para. 44) to the prejudicial comments by counsel for Mr. Solty, the following passages from the closing address of counsel for Mr. Prokofiew:

Mr. Prokofiew, as [counsel for Mr. Solty] pointed out, chose not to testify in this case. There are many jurisdictions in the world that are, frankly, not as kind as ours; that when a person has an allegation against them, that they have to stand up; you’re alleged to do this; or you prove to us, you tell us why you are not guilty. That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.

In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. In the context of [counsel for Mr. Solty’s] statement, well, yes, Mr. Solty testified, but with respect, Mr. Solty had no choice but to testify. He was implicated at every turn of these transactions. He was in transactions up to his neck. And as a result, with respect to him, he had no choice but to take the stand. In response to Mr. Prokofiew, as I will mention in my submission, the evidence comes down to

présumés innocents pendant tout le procès, qu’ils n’avaient pas à prouver leur innocence et que la présomption d’innocence « ne serait réfutée que si le ministère public [les] convainquait tous hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de MM. Prokofiew et Solty ou encore de l’un ou l’autre d’entre eux, et ce, à l’égard des deux crimes dont chacun d’eux est accusé ou de l’un de ces crimes » (p. 132).

[83] Se fondant sur l’ensemble des directives données par le juge, notamment celles susmentionnées, la Cour d’appel a dit être convaincue que [TRADUCTION] « le jury avait compris que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité que sur la foi de la preuve et qu’il ne pouvait utiliser le silence de l’appelant au procès — ni d’ailleurs quelque autre élément ne constituant pas de la preuve — pour conclure à la culpabilité de l’appelant » (par. 51).

[84] La Cour d’appel a aussi qualifié de [TRADUCTION] « réponse directe » (par. 44) aux commentaires préjudiciables de l’avocat de M. Solty les passages suivants de l’exposé final de l’avocat de M. Prokofiew :

[TRADUCTION] Monsieur Prokofiew, comme l’a signalé [l’avocat de M. Solty], a décidé de ne pas témoigner. Il y a beaucoup de pays dans le monde qui, franchement, ne sont pas aussi bienveillants que le nôtre; où, lorsque les gens sont accusés de quelque chose, ils doivent se lever et répondre aux accusations; on vous reproche d’avoir fait quelque chose; alors vous devez prouver, vous devez dire pourquoi vous n’êtes pas coupable. Ce n’est heureusement pas ainsi que les choses se passent au Canada. Nous avons le luxe et la gratitude [*sic*] de disposer d’un système dans lequel l’État est tenu de prouver la culpabilité de l’accusé avant qu’une condamnation ou un verdict de culpabilité puisse être prononcé.

Dans cette situation, c’est la raison pour laquelle M. Prokofiew n’a pas à présenter de preuve, et c’est pourquoi il ne l’a pas fait. Pour ce qui est de la déclaration de [l’avocat de M. Solty], eh bien, oui, M. Solty a témoigné, mais, avec égards, je dirais qu’il n’avait pas le choix. Il était impliqué dans chaque aspect de ces opérations. Il était dans les opérations jusqu’au cou. En conséquence, il n’avait pas d’autre choix que de témoigner. Pour ce qui est de M. Prokofiew, comme je le mentionne dans mon argumentation, la preuve se résume au

the evidence of Mr. Tulloch, and juxtaposed by the evidence of Peter Solty. With the greatest respect to them, their evidence does not come close to establishing guilt beyond a reasonable doubt in this case. And in the context of what Mr. Solty testified to will simply adjust the position of the evidence of Mr. Tulloch. Nothing more, nothing less. [A.R., vol. V, at pp. 27-28]

[85] With respect, unlike the Court of Appeal, I believe these comments by counsel for Mr. Prokofiew lend little curative weight to the absence of a remedial instruction by the trial judge.

[86] It is true that “[a]ppellate review of the trial judge’s charge will encompass the addresses of counsel as they may fill gaps left in the charge” (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). However, we are not dealing in this case with a failure by the trial judge to mention evidence that is brought to the jury’s attention by counsel in their closing submissions. Nor are we concerned with uncontested or uncontroversial matters inadvertently omitted from the judge’s charge. Or with any other gap of the kind contemplated by *Daley*.

[87] That is not our case. Here, the jurors were faced with *conflicting* comments by counsel that complicated — rather than complemented — the “gap” in the judge’s charge. They were left to determine for themselves, with no assistance from the judge, the evidentiary and legal effect of Mr. Prokofiew’s failure to testify at trial.

[88] It is true that the addresses of counsel may in some circumstances adequately complement the judge’s charge. But that cannot be so where counsel for two antagonistic accused make diametrically opposite submissions on a fundamental principle of law, as in this case.

[89] We have no basis for supposing that the jury understood, in the absence of an explicit instruction

témoignage de M. Tulloch, auquel se juxtapose celui de Peter Solty. Soit dit avec le plus grand respect, leur témoignage est loin d’établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable en l’espèce. Et dans le contexte de la teneur du témoignage de M. Solty, ce témoignage ne fait que moduler celui de M. Tulloch. Rien de plus rien de moins. [d.a., vol. V, p. 27-28]

[85] Avec égards, contrairement à la Cour d’appel, je crois que ces commentaires de l’avocat de M. Prokofiew font très peu pour combler l’absence de directive correctrice de la part du juge du procès.

[86] Il est vrai que « [l]’examen en appel de l’exposé au jury portera aussi sur les plaidoiries des avocats qui pourraient en combler les lacunes » (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). Toutefois, nous ne sommes pas en présence d’un cas où le juge du procès a omis de faire état d’éléments de preuve que les avocats ont porté à l’attention du jury dans leur exposé final. Il n’est pas question non plus de points non contestés ou non controversés que le juge aurait, par inadvertance, omis d’aborder dans son exposé, ou de quelque autre lacune envisagée dans *Daley*.

[87] Il ne s’agit de rien de cela en l’espèce. Dans la présente affaire, les jurés se trouvaient plutôt devant des commentaires *contradictaires* des avocats, commentaires qui compliquaient — au lieu de combler — les « lacunes » de l’exposé du juge. Les jurés ont été laissés à eux-mêmes et ont dû déterminer seuls, sans aide de la part du juge, les conséquences juridiques ainsi que les conséquences du point de vue de la preuve du défaut de M. Prokofiew de témoigner au procès.

[88] Il est vrai que, dans certaines circonstances, les plaidoiries des avocats peuvent compléter adéquatement l’exposé du juge. Toutefois, cela n’est pas possible dans les cas où, comme en l’espèce, les avocats représentant des accusés s’opposent mutuellement formulent des observations diamétralement opposées sur un principe juridique fondamental.

[89] Rien ne nous permet de penser que le jury a su déterminer, malgré l’absence de directive

by the judge, which counsel had stated the law correctly. The jury had no informed reason to believe one lawyer rather than the other. The guiding hand of the trial judge was essential — and absent.

[90] Most importantly, *neither* the judge’s instructions cited by the Court of Appeal *nor* the comments by counsel for Mr. Prokofiew address the impermissibility of drawing an adverse inference from Mr. Prokofiew’s silence.

[91] The essence of the matter is that Mr. Solty’s counsel had invited the jurors to draw the impermissible inference that Mr. Prokofiew was using his silence to “cloak his guilt” (*Avon*, at p. 655). In the Crown’s words, “[he] suggested [to the jury] that [Mr. Prokofiew] had not testified because he was guilty of the alleged offences” (R.F., at para. 2).

[92] The impugned comments by Mr. Solty’s counsel, as the trial judge recognized, cried out for an explicit, remedial instruction. They received no remedial instruction at all. I agree with the Court of Appeal that “no one knows for sure what the jury used or did not use” (para. 42). What we do know for sure is that they were left free to treat Mr. Prokofiew’s failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason.

[93] In my respectful view, this alone is fatal to their verdict.

[94] Trial judges must take care to ensure that the right to silence becomes neither a snare nor a delusion (*Noble*, at para. 72). To this end, whenever there is a “significant risk” — as the trial judge found in this case — that the jury will otherwise treat the silence of the accused as evidence of guilt, an appropriate remedial direction ought to be given to the jury. That was not done here.

explicite du juge, lequel des avocats avait exposé correctement le droit. Le jury ne disposait d’aucune assise rationnelle l’incitant à croire un des avocats plus que l’autre. L’assistance du juge du procès était dès lors essentielle, mais elle ne s’est pas matérialisée.

[90] Fait plus important encore, *ni* les directives du juge qu’a citées la Cour d’appel *ni* les commentaires de l’avocat de M. Prokofiew ne font état de l’interdiction de tirer une inférence négative du silence de ce dernier.

[91] Le nœud du problème vient du fait que l’avocat de M. Solty a invité les jurés à inférer — alors que cela leur était interdit — que M. Prokofiew choisissait de garder le silence pour « masquer sa culpabilité » (*Avon*, p. 655). Pour reprendre les propos du ministère public, [TRADUCTION] « [il] a laissé entendre [au jury] que [M. Prokofiew] n’avait pas témoigné parce qu’il était coupable des infractions reprochées » (m.i., par. 2).

[92] Comme l’a reconnu le juge du procès, les commentaires reprochés à l’avocat de M. Solty commandaient une directive correctrice explicite. Les jurés n’en ont reçu aucune. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que [TRADUCTION] « nul ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n’a pas utilisé » (par. 42). Ce dont nous sommes certains, cependant, c’est que le juge les a laissés libres de considérer le défaut de témoigner de M. Prokofiew comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable, à tout le moins en partie, pour cette raison.

[93] À mon avis, ce facteur porte à lui seul un coup fatal au verdict des jurés.

[94] Le juge qui préside un procès doit veiller à ce que le droit au silence ne devienne pas un piège pour l’accusé (*Noble*, par. 72). À cette fin, il doit donner au jury une directive réparatrice adéquate dès qu’il existe un [TRADUCTION] « risque important » — tel celui constaté par le juge du procès en l’espèce — que, en l’absence d’une telle directive, le jury considère le silence de l’accusé comme une preuve de sa culpabilité. Cela n’a pas été fait en l’espèce.

[95] Standard instructions on the definition of evidence, the presumption of innocence, the Crown's burden of proof, and the reasonable doubt standard will not suffice. That is particularly true where, as here, counsel for one accused has suggested unmistakably to the jury that the guilt of a co-accused may be inferred from that person's failure to testify.

V

[96] The judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, rev'd on other grounds, [1993] 3 S.C.R. 122, has been cited as authority for the proposition that counsel may comment on the failure of a co-accused to testify (for example, by the Court of Appeal in this case, at para. 12; see also *Crawford*, at para. 24; *R. v. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37, at para. 149; *R. v. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284, at para. 65).

[97] This aspect of the matter has not been fully canvassed in the courts below. And the outcome of this appeal does not turn on whether the Court of Appeal in *Naglik* was correct. I therefore think it sufficient for present purposes to make clear that *Naglik* does not support the proposition that counsel may invite the jury to use a co-accused's silence at trial as evidence of guilt, as Mr. Solty's counsel did in this case.

[98] First, *Naglik* was decided several years before *Noble*. The Court of Appeal found that the impugned comment by counsel in that case was, at the time, correct in law (see p. 395). Second, in *Naglik* the Court of Appeal went on to say that counsel may not "encourage the jury to speculate or draw unwarranted inferences" (p. 397). What was an unwarranted inference then is an impermissible inference now, in virtue of *Noble*. Third, this Court expressly declined in *Naglik* to determine whether counsel may refer to the failure of a co-accused to testify (p. 137).

[95] Les directives habituellement données pour définir la preuve, la présomption d'innocence, le fardeau de preuve qui incombe au ministère public et le doute raisonnable ne suffisent pas. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, l'avocat d'un accusé laisse clairement entendre au jury que la culpabilité d'un coaccusé peut s'inférer du défaut de celui-ci de témoigner.

V

[96] L'arrêt *R. c. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, de la Cour d'appel de l'Ontario (infirmé pour d'autres raisons, [1993] 3 R.C.S. 122), a été invoqué au soutien de l'argument voulant qu'un avocat puisse commenter le défaut de témoigner d'un coaccusé (notamment par la Cour d'appel en l'espèce, au par. 12; voir aussi *Crawford*, par. 24; *R. c. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37, par. 149; *R. c. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284, par. 65).

[97] Cet aspect de la question n'a pas été débattu en profondeur devant les juridictions inférieures. De plus, l'issue du présent pourvoi ne dépend pas de la question de savoir si la Cour d'appel avait ou non raison dans l'affaire *Naglik*. Par conséquent, il m'apparaît suffisant, pour les besoins du présent pourvoi, d'indiquer clairement que *Naglik* ne permet pas d'affirmer qu'un avocat peut, comme l'a fait l'avocat de M. Solty en l'espèce, inviter le jury à considérer le silence d'un coaccusé au procès comme une preuve de sa culpabilité.

[98] Premièrement, l'affaire *Naglik* a été tranchée plusieurs années avant *Noble*. La Cour d'appel a jugé que les commentaires reprochés à l'avocat dans cette affaire étaient, à l'époque, conformes au droit applicable (voir p. 395). Deuxièmement, dans *Naglik* la Cour d'appel a ajouté qu'un avocat ne peut « encourager le jury à se livrer à des conjectures ou à tirer des inférences injustifiées » (p. 397). Ce qui était alors considéré comme une inférence injustifiée est aujourd'hui devenu, par l'effet de l'arrêt *Noble*, une inférence prohibée. Enfin, dans *Naglik*, notre Cour a expressément refusé de trancher la question de savoir si un avocat peut faire état du défaut d'un coaccusé de témoigner (p. 137).

[99] As a matter of principle, I see no reason why counsel whose client has testified cannot refer to that fact and suggest this indicates the client is innocent and has “nothing to hide”. Counsel may certainly emphasize as well that the client’s testimony stands uncontradicted, even when the client asserts his or her own innocence and imputes guilt to the co-accused.

[100] The right to make full answer and defence is not constrained by the unfavourable impact its effective exercise may have on others in jeopardy of conviction. It is, however, not absolute and cannot be exercised with total disregard for the constitutional rights of a co-accused, including that person’s right not to have his or her silence treated as evidence of guilt.

VI

[101] It is uncontested that the trial judge erred in law by admitting hearsay evidence that ought to have been excluded.

[102] The impugned evidence consisted of cheque stubs and a deposit book. The Crown alleged at trial that the stubs and deposit book recorded cash payments made to Mr. Prokofiew from Discount Sales, one of the commercial vehicles of the fraud. Counsel for Mr. Prokofiew disputed that the “E” to which the documents referred was his client, Ewaryst “Eddie” Prokofiew.

[103] While conceding that the hearsay evidence should have been excluded, the Crown submits that its erroneous admission is of negligible significance. As we shall see, I am of a different view.

VII

[104] We are urged by the Crown to apply the curative *proviso* of s. 686(1)(b)(iii) if we conclude, as I would, that the trial judge erred in law in failing to give the jury the remedial instruction requested by defence counsel and, again, in admitting the hearsay evidence that ought to have been excluded.

[99] En principe, je ne vois pas pourquoi un avocat dont le client a témoigné ne pourrait faire état de ce fait et prétendre que cela tend à indiquer que ce dernier est innocent et « n’a rien à cacher ». Un avocat peut certainement souligner aussi que le témoignage de son client n’est pas contredit, même lorsque ce dernier clame son innocence et impute à son coaccusé la responsabilité des faits reprochés.

[100] Le droit à une défense pleine et entière n’est pas limité par l’effet défavorable que pourrait avoir son exercice effectif sur d’autres personnes risquant une condamnation. Toutefois, ce droit n’est pas absolu pour autant, et il ne peut être exercé au mépris total des droits constitutionnels d’un coaccusé, y compris le droit de cette personne de garder le silence sans que son silence soit considéré comme une preuve de sa culpabilité.

VI

[101] Personne ne conteste le fait que le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant une preuve par ouï-dire qui aurait dû être écartée.

[102] La preuve contestée était composée de talons de chèque et d’un livret de dépôt. Au procès, le ministère public a prétendu que ces pièces constataient des paiements en liquide faits à M. Prokofiew par Discount Sales, l’une des sociétés utilisées comme instrument de la fraude. L’avocat de M. Prokofiew a plaidé que le « E » inscrit sur les documents ne désignait pas son client, Ewaryst « Eddie » Prokofiew.

[103] Bien qu’il concède que cette preuve par ouï-dire aurait dû être écartée, le ministère public soutient que son admission n’a eu qu’une portée négligeable. Comme on le verra, je ne suis pas de cet avis.

VII

[104] Le ministère public exhorte la Cour à appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) si elle conclut, comme je serais disposé à le faire, que le juge du procès a commis une erreur de droit, d’une part en ne donnant pas au jury la directive correctrice sollicitée par l’avocat de la défense et, d’autre part, en admettant la preuve par ouï-dire qui aurait dû être exclue.

[105] It is now well established that the *proviso* may only be applied where the Crown satisfies the court that the evidence of the appellant's guilt is overwhelming or that the trial judge's errors of law were harmless because there is "no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict" (*R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at paras. 23-24). I am not satisfied that the Crown has discharged its burden in this case.

[106] The Court of Appeal held that the case against Mr. Prokofiew was "overwhelming" (para. 57). This conclusion overlooks the fact that the strength of the Crown's case depends on the credibility of the two witnesses who incriminated Mr. Prokofiew, both disreputable. And it rests on the assumption that neither of the judge's errors of law has any bearing on their credibility, tainted to begin with.

[107] I refer, of course, to the co-accused, Mr. Solty, and to Andrew Tulloch, a Crown witness. Mr. Tulloch had pleaded guilty prior to the trial. They alone asserted that Mr. Prokofiew was the architect of the fraudulent scheme. None of the Crown's other witnesses had dealt with Mr. Prokofiew directly or were able to attest to his knowing participation in the fraud. Some documentary evidence demonstrated Mr. Prokofiew's involvement in the transactions. But nothing in the documents or elsewhere — independent of Mr. Solty and Mr. Tulloch's testimony — showed conclusively that he conducted them with fraudulent intent.

[108] It was, of course, open to the jury to consider the testimony of Mr. Solty and Mr. Tulloch credible. Quite properly, however, the trial judge warned the jury against resting its verdict on their uncorroborated evidence. Mr. Tulloch was a *Vetrovec* witness (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). The trial judge therefore instructed the

[105] Il est maintenant bien établi que cette disposition réparatrice ne peut être appliquée que dans les cas où le ministère public convainc la Cour que la preuve de la culpabilité de l'appelant est accablante ou encore lorsque les erreurs de droit du juge du procès étaient inoffensives, étant donné qu'il n'y a alors « aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent » (*R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 23-24). Je ne suis pas convaincu que le ministère public s'est acquitté de ce fardeau de preuve en l'espèce.

[106] La Cour d'appel a jugé [TRADUCTION] « accablante » la preuve présentée contre M. Prokofiew (par. 57). Cette conclusion ne tient pas compte du fait que la solidité de la preuve à charge en l'espèce dépend de la crédibilité des deux témoins qui ont incriminé M. Prokofiew, deux individus peu recommandables; elle repose en outre sur l'hypothèse selon laquelle il n'existe aucune corrélation entre les erreurs de droit du juge et la crédibilité, par ailleurs déjà entachée, de ces témoins.

[107] Je parle naturellement du coaccusé, M. Solty, et d'un témoin à charge, Andrew Tulloch, lequel avait plaidé coupable avant le procès. Seuls ces deux témoins ont affirmé que M. Prokofiew avait échafaudé le stratagème frauduleux. Aucun des autres témoins à charge n'a déposé directement au sujet de M. Prokofiew ou a été en mesure d'attester que ce dernier avait sciemment participé à la fraude. Des éléments de preuve documentaire démontraient l'implication de M. Prokofiew dans les opérations. Mais rien dans ces documents ou dans d'autres éléments de preuve — abstraction faite du témoignage de MM. Solty et Tulloch — n'établissait de façon incontestable que M. Prokofiew avait agi dans une intention frauduleuse.

[108] Il était bien sûr loisible aux jurés de considérer que les témoignages de MM. Solty et Tulloch étaient crédibles. Toutefois, le juge du procès a, à très juste titre, invité les jurés à ne pas fonder leur verdict sur ces témoignages non corroborés. Monsieur Tulloch était un témoin du type visé dans l'arrêt *Vetrovec* (*Vetrovec c. La Reine*, [1982]

jury that it would be “dangerous” to rely on his testimony absent confirmatory evidence (A.R., vol. V, at p. 160). The trial judge also cautioned the jury against relying on Mr. Solty’s evidence when considering the case against Mr. Prokofiew:

You should consider that testimony of Mr. Solty with particular care, because he may have been more concerned about protecting himself and damaging Mr. Prokofiew than in telling the truth. [A.R., vol. V, at p. 156]

[109] In addition, counsel for Mr. Prokofiew suggested at trial that Mr. Solty was motivated by a powerful animus against Mr. Prokofiew: Mr. Solty was aware that Mr. Prokofiew had had an affair with Mr. Solty’s wife.

[110] When confronted with tainted witnesses of this sort, triers of fact must act on their evidence with caution (*Vetrovec*; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328). Accordingly, they will not lightly accept the unsupported assertions of potentially unreliable witnesses where little but the word of those witnesses implicates the accused in the commission of the crime charged (*Kehler*, at para. 17; *Bevan*, at pp. 614-15; *R. v. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661 (C.A.), at pp. 694-95).

[111] And when such witnesses are central to the Crown’s case, as they were here, corroboration becomes particularly significant. In this regard, an evidential error that might otherwise appear insignificant raises particular concern when it goes to the credibility of potentially unreliable witnesses. Unaware of its erroneous admission, the trier of fact may rely on the impugned evidence to take a small but critical first step in a chain of deductions leading to a finding of guilt.

[112] On any view of the matter, neither of the errors committed by the trial judge can be

1 R.C.S. 811). Le juge a donc indiqué aux jurés qu’il serait [TRADUCTION] « dangereux » de se fier à son témoignage en l’absence de preuve corroborante (d.a., vol. V, p. 160). Il les a également mis en garde relativement à l’utilisation du témoignage de M. Solty dans leur appréciation de la preuve à charge contre M. Prokofiew :

[TRADUCTION] Vous devez considérer le témoignage de M. Solty avec beaucoup de prudence, car ce dernier cherchait peut-être davantage à se protéger et à jeter le blâme sur M. Prokofiew qu’à dire la vérité. [d.a., vol. V, p. 156]

[109] En outre, l’avocat de M. Prokofiew avait laissé entendre au procès que M. Solty était mû par une animosité intense à l’endroit de M. Prokofiew : il savait que ce dernier avait eu une liaison avec sa femme.

[110] Le juge des faits doit aborder le témoignage de tels témoins tarés avec prudence (*Vetrovec*; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328). Par conséquent, il n’acceptera pas à la légère les affirmations non étayées de témoins dont la fiabilité pourrait être mise en doute, dans les cas où il n’y a guère que leur parole qui implique l’accusé dans le crime reproché (*Kehler*, par. 17; *Bevan*, p. 614-615; *R. c. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661 (C.A.), p. 694-695).

[111] Qui plus est, lorsque de tels témoins sont cruciaux pour la thèse du ministère public, comme c’était le cas ici, la corroboration devient alors particulièrement importante. À cet égard, une erreur en matière de preuve qui pourrait autrement paraître négligeable soulève des inquiétudes particulières lorsqu’elle touche à la crédibilité de témoins dont la fiabilité pourrait être mise en doute. Ne sachant pas que l’élément contesté a été admis erronément en preuve, le juge des faits pourrait alors s’appuyer sur cet élément pour tirer une première inférence limitée mais capitale dans une série de déductions menant à un verdict de culpabilité.

[112] Quel que soit l’angle par lequel on les aborde, aucune des erreurs commises par le juge

characterized as trivial. As I have already mentioned, the absence of a remedial direction is in my view sufficient to require a new trial. That error was exacerbated by the erroneous admission of hearsay evidence. In his charge to the jury, the trial judge referred to that evidence as tending to corroborate the evidence of Mr. Tulloch (A.R., vol. V, at p. 161). If they found that it did, this would likely bear as well on the jury's evaluation of the credibility of Mr. Soly, whose evidence, the trial judge said, was in turn corroborated by Mr. Tulloch's (A.R., vol. V, at p. 161). And the acceptance of their evidence, I repeat, was essential to the Crown's case against Mr. Prokofiew.

[113] In these circumstances, the Crown cannot be said to have satisfied its onerous burden in invoking the curative *proviso* of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

VIII

[114] For all of these reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and LEBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

du procès ne saurait être qualifiée de négligeable. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'absence de directive correctrice est à mon avis suffisante pour exiger la tenue d'un nouveau procès. Cette erreur a été exacerbée par l'admission erronée d'une preuve par ouï-dire. Dans son exposé au jury, le juge du procès a indiqué que cette preuve tendait à corroborer le témoignage de M. Tulloch (d.a., vol. V, p. 161). Si les jurés ont conclu que cette preuve avait cet effet, cela a vraisemblablement influé aussi sur leur appréciation de la crédibilité de M. Soly, dont le témoignage, a affirmé le juge, était lui-même corroboré par celui de M. Tulloch (d.a., vol. V, p. 161). Et, je le répète, l'acceptation de ces témoignages par les jurés était essentielle à la thèse du ministère public contre M. Prokofiew.

[113] Dans ces circonstances, il est impossible d'affirmer que le ministère public a satisfait au lourd fardeau de preuve requis pour que s'applique la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VIII

[114] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges LEBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.