

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sean Jeffrey Noble *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NOBLE

File No.: 25271.

1996: October 29; 1997: April 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with breaking and entering and possession of instrument suitable for breaking into motor vehicle — Trial judge convicting accused on basis of driver's licence he had provided as identification at time of offence and his failure to testify — Whether trial judge erred in drawing adverse inference from accused's failure to give evidence.

The manager of an apartment building found two young men in the parking area of his building, one of whom appeared to be attempting to break into a car with a screwdriver. When the manager asked the man for identification, he handed over an expired driver's licence. The manager testified that he thought the photograph on the licence accurately depicted the man in front of him in the garage and told the man that he could retrieve the licence from the police. The accused was eventually charged with breaking and entering and having in his possession an instrument suitable for the purpose of breaking into a motor vehicle. At trial, neither the manager nor anyone else could identify the accused, but the trial judge concluded that he as the trier of fact could compare the picture in the driver's licence with the accused in the courtroom and conclude that the driver's licence accurately depicted the accused. He also was satisfied that the building manager would have carefully examined the licence at the time of the incident. The trial judge noted that the accused faced an overwhelming case to meet as a result of the licence, yet remained silent. In the trial judge's view, he could draw "almost an adverse inference" that "certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identifi-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sean Jeffrey Noble *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. NOBLE

N° du greffe: 25271.

1996: 29 octobre; 1997: 24 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Preuve — Conclusions — Défaut de témoigner — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de possession d'un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur — Accusé déclaré coupable par le juge du procès sur la foi du permis de conduire présenté par le premier comme pièce d'identité au moment de l'infraction, et sur la foi de son défaut de témoigner — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en tirant une conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé?

Le gérant d'un immeuble d'habitation a trouvé deux jeunes hommes dans le stationnement de l'immeuble. Un de ceux-ci semblait être en train de tenter de pénétrer par effraction dans une automobile au moyen d'un tournevis. Lorsqu'il a demandé à ce jeune homme de s'identifier, celui-ci lui a remis un permis de conduire périmé. Le gérant a témoigné qu'il a estimé que l'individu photographié sur le permis était bien la personne devant lui dans le garage, et qu'il lui a dit qu'il pourrait récupérer son permis en s'adressant aux policiers. L'accusé a par la suite été inculpé d'introduction par effraction et d'avoir eu en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur. Au procès, l'accusé n'a pu être identifié ni par le gérant ni par personne d'autre, mais le juge du procès a décidé que, en tant que juge des faits, il pouvait comparer la personne photographiée sur le permis de conduire et l'accusé présent dans la salle d'audience, et conclure que l'individu photographié sur le permis de conduire était bel et bien l'accusé. Il était en outre convaincu que le gérant de l'immeuble avait examiné attentivement le permis de conduire au moment de l'incident. Le juge du procès a souligné que, à cause du permis, l'accusé était confronté à une preuve complète accablante, mais que

cation". The accused was convicted on both counts. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial.

Held (Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The right to silence, which has been recognized as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is based on society's distaste for compelling a person to incriminate him- or herself with his or her own words. Just as a person's words should not be conscripted and used against him or her by the state, it is equally inimical to the dignity of the accused to use his or her silence to assist in grounding a belief in guilt beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence, enshrined at trial in s. 11(d) of the *Charter*, provides further support for this conclusion. In order for the burden of proof to remain with the Crown, the silence of the accused should not be used against him or her in building the case for guilt. Recent case law, particularly *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, and *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, confirms that silence may not be treated as a piece of inculpatory evidence by the trier of fact. Some reference to the accused's silence by the trier of fact may not offend these *Charter* principles. Where in a trial by judge alone the trial judge is convinced of the accused's guilt beyond a reasonable doubt, the accused's silence may be referred to as evidence of the absence of an explanation which could raise a reasonable doubt. Because of the potential for confusion, however, trial judges should avoid referring to silence in this respect. Reference to the accused's silence is also permitted by a judge trying a case alone to indicate that he need not speculate about possible defences that might have been offered by the accused had he or she testified.

While the principles governing the judge and the jury as trier of fact are identical, it is clear that there are differences between the two in practice. The first difference is found in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, which prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The second practical difference is that while judges give reasons which permit appellate review of the specific basis for a finding of guilt, juries

malgré cela il avait gardé le silence. De l'avis du juge du procès, il pouvait tirer «pratiquement une conclusion défavorable» qui «peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification». L'accusé a été déclaré coupable des deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le droit de garder le silence, qui a été reconnu comme un des principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est fondé sur la répugnance qu'éprouve la société à forcer un individu à s'incriminer. Tout comme l'État ne doit pas arracher une déclaration à un individu ni utiliser cette déclaration contre lui, il est tout aussi incompatible avec la dignité de l'accusé d'utiliser son silence pour aider à établir la conviction de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence, que l'al. 11d) de la *Charte* consacre en ce qui a trait au procès, étaye elle aussi cette conclusion. Afin que le fardeau de la preuve continue d'incomber au ministère public, le silence de l'accusé ne devrait pas être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité. Des arrêts récents, particulièrement *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, et *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, confirment que le silence de l'accusé ne peut être utilisé par le juge des faits comme un élément de preuve inculpatoire. Il est possible que certaines mentions du silence de l'accusé ne portent pas atteinte à ces principes garantis par la *Charte*. Si le juge qui siège sans jury est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, le silence de ce dernier peut être mentionné comme preuve de l'absence d'explication susceptible de soulever un doute raisonnable. Toutefois, en raison du risque de confusion, il convient que le juge qui préside un procès évite de parler du silence de l'accusé. Le juge qui siège sans jury peut également faire mention du silence de l'accusé pour indiquer qu'il n'a pas à conjecturer sur les moyens de défenses possibles que l'accusé aurait pu faire valoir s'il avait témoigné.

Bien que les principes régissant les fonctions du juge et du jury en tant que juge des faits soient identiques, il existe évidemment des différences entre les deux situations dans la pratique. La première différence est énoncée au par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l'accusé. La deuxième différence pratique est le fait que, alors que les juges expo-

do not give reasons and courts are prohibited from speculating about the reasoning process of a jury in reaching a verdict. While it is impossible to prevent a jury from drawing whatever inference they please from the failure to testify, it remains an error of law for the jury to become convinced of guilt beyond a reasonable doubt as the result of the silence of the accused at trial.

The appellate review cases indicate that the trier of fact and the appellate court reviewing the decision of the trier of fact cannot use the failure to testify as a piece of evidence in itself suggestive of guilt. In any event, the principles generally governing appellate review are not necessarily identical to those governing the trial. Even if cases have held that courts of appeal may refer to silence as a factor in assessing the reasonableness of the verdict or in deciding whether to apply the curative provision, this does not alter the conclusion that at trial silence cannot be used as a piece of inculpatory evidence.

In the limited case of alibi, the failure of the accused at trial to testify and expose him- or herself to cross-examination on the alibi defence may be used to draw an adverse inference about the credibility of the defence. There are two reasons for permitting such a limited exception to the right to silence at trial: the ease with which alibi evidence may be fabricated, and the fact that the alibi defence is not directly related to the guilt of the accused.

Here the trial judge appears to have partially relied upon the accused's failure to testify in reaching his belief in guilt beyond a reasonable doubt. Since such reasoning constituted an error of law, the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial should be confirmed.

Per Lamer C.J. and McLachlin J. (dissenting): When the Crown presents a case to meet that implicates the accused in a strong and cogent network of inculpatory facts, the trier of fact is entitled to consider the accused's failure to testify in deciding whether it is in fact satisfied of his or her guilt beyond a reasonable doubt. Under the right circumstances, silence can be probative and form the basis for natural, reasonable and fair inferences. Juries and appellate courts are entitled to give weight to the fact of the accused's silence. As long

sent des motifs qui permettent la révision, en appel, des raisons précises sur lesquelles repose la déclaration de culpabilité, le jury ne motive pas son verdict, et qu'il est interdit aux tribunaux de conjecturer sur le raisonnement suivi par le jury pour arriver à ce verdict. Bien qu'il soit impossible d'empêcher les jurés de tirer les conclusions qu'ils veulent du défaut de témoigner, il reste que, s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé en raison du silence de celui-ci au procès, cela constitue une erreur de droit.

Il ressort de la jurisprudence en matière d'examen en appel que le juge des faits et la cour d'appel qui examine la décision de ce dernier ne peuvent pas utiliser le défaut de témoigner en tant qu'élément de preuve indicatif en soi de la culpabilité. Quoi qu'il en soit, les principes qui régissent de façon générale l'examen en appel ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui régissent le procès. Même s'il a été jugé, dans certains arrêts, que les cours d'appel peuvent considérer le silence comme un facteur à prendre en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable du verdict ou dans leur décision d'appliquer la disposition réparatrice, cela ne change rien à la conclusion selon laquelle, au procès, le silence ne peut pas être utilisé en tant qu'élément de preuve inculpatoire.

Dans le cas limité de l'alibi, le défaut de l'accusé de témoigner au procès et de se soumettre à un contre-interrogatoire au sujet de sa défense d'alibi peut être utilisé pour tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de cette défense. Deux raisons justifient cette exception limitée au droit de garder le silence au procès: la facilité avec laquelle la preuve d'un alibi peut être fabriquée; le fait que la défense d'alibi n'a pas de lien direct avec la culpabilité de l'accusé.

En l'espèce, le juge du procès semble s'être appuyé en partie sur le défaut de témoigner de l'accusé pour arriver à la conviction que ce dernier était coupable hors de tout doute raisonnable. Comme ce raisonnement constituait une erreur de droit, l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès devrait être confirmé.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin (dissidents): Dans les cas où le ministère public a présenté contre l'accusé une preuve complète, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires, le juge des faits a le droit de tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé pour décider s'il est effectivement convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de celui-ci. Lorsque les circonstances s'y prêtent, le silence peut être probant et fonder des conclusions naturelles, raisonnables et justes. Les jurys et les cours

as the Crown has first made out a case to meet, there are certain situations where the web of inculpation fashioned by the Crown requires the accused to account for unexplained circumstances or face the probative consequences of silence.

An inference which merely confirms prior conclusions of guilt is superfluous. Further, it is illogical to say that silence may be used by judges and juries but only to the extent that it highlights the fact that the Crown's evidence remains uncontradicted or to say that trial judges and juries must not weigh the silence of the accused on the evidentiary scales, but in reviewing whether their verdicts are reasonable appellate courts can assume that they did. If the role of a trier of fact is to have any meaning, appellate courts must undertake their statutory responsibility to review the fitness of verdicts and to cure trial errors on the same understanding of the silence of an accused.

When the Crown provides a case to meet, all of the evidence to sustain a conviction has been put forth by the Crown in keeping with its burden of proof. If a conviction is subsequently entered, regardless of the use of the accused's silence, the trier of fact has concluded that the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt, and nothing else. In this respect, the act of drawing adverse inferences is conceptually similar to evidentiary reverse onus provisions in the *Criminal Code*. Drawing adverse inferences from the silence of the accused is akin to a general proclamation from Parliament, for all offences, that where the accused is trapped by a host of inculpatory evidence to which only he or she can answer, the accused should offer an explanation or face the risk that there may be negative consequences from his or her silence. That is not to say that the act of drawing adverse inferences is contrary to the presumption of innocence. The accused's *Charter* protection lies in the case to meet. Even if it were held that the act of drawing adverse inferences is a limitation on an accused's s. 11(d) rights, however, it is a reasonable one.

This approach to adverse inferences is consistent with the letter and spirit of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. If adverse inferences themselves were impermissi-

d'appel peuvent accorder un certain poids au fait que l'accusé a gardé le silence. Pour autant que le ministère public a d'abord présenté une preuve complète, il arrive des cas où le faisceau de preuves réunies contre l'inculpé oblige ce dernier à commenter des circonstances inexplicables, sous peine de subir les conséquences de son silence sur le plan de la preuve.

Une conclusion qui ne fait que confirmer les conclusions déjà tirées sur la question de la culpabilité est superfétatoire. De plus, il est illogique d'affirmer que le silence peut être utilisé par les juges et les jurys, mais seulement dans la mesure où il fait ressortir le fait que la preuve du ministère public n'a pas été contredite, ou encore de dire que le juge du procès ou le jury ne doit pas apprécier la force probante du silence de l'accusé, mais que la cour d'appel peut supposer qu'il l'a fait, lorsqu'elle se demande si le verdict est raisonnable. Si l'on veut que le rôle du juge des faits ait un sens, les cours d'appel doivent, en s'acquittant du rôle que leur confie la loi, c'est-à-dire examiner le caractère approprié des verdicts et réparer les erreurs commises au procès, traiter le silence de l'accusé de la même façon que le juge des faits.

Lorsque le ministère public présente une preuve complète, il s'est conformé au fardeau de la preuve qui lui incombe. Si une déclaration de culpabilité est par la suite inscrite, indépendamment de l'utilisation qui a été faite du silence de l'accusé, le juge des faits a conclu que le ministère public avait fait une preuve hors de tout doute raisonnable, et rien de plus. À cet égard, le fait de tirer des conclusions défavorables se rapproche, sur le plan conceptuel, des dispositions du *Code criminel* qui établissent une inversion du fardeau de la preuve. Le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé équivaut à une proclamation générale du législateur que, pour toutes les infractions, quand l'accusé est confronté à un faisceau de preuves inculpatrices auxquelles lui seul est à même de répondre, il doit donner une explication ou courir le risque de subir des conséquences négatives de son silence. Cela ne veut pas dire que le fait de tirer des conclusions défavorables est contraire à la présomption d'innocence. La protection dont jouit l'accusé en vertu de la *Charte* découle de l'obligation faite au ministère public de présenter une preuve complète. Même s'il était décidé que le fait de tirer des conclusions défavorables est une restriction des droits garantis à l'accusé par l'al. 11d), il s'agirait toutefois d'une restriction raisonnable.

Cette approche concernant les conclusions défavorables est conforme à la lettre et à l'esprit du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Si les conclusions défava-

ble, s. 4(6) would not merely prohibit "comment", but would prohibit the drawing of adverse inferences altogether. Sopinka J.'s reasons indirectly challenge the constitutionality of s. 4(6), which has not been contested before this Court.

Having found that the Crown had established an overwhelming case to meet and that it was a "virtual outcry situation", the trial judge properly inferred guilt from the accused's silence. This inference was natural and reasonable and, given the existence of a case to meet, was perfectly consistent with the accused's right to silence and the presumption of innocence.

Per La Forest and Gonthier JJ. (dissenting): The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except that no comment should be made with respect to the constitutional validity of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, an issue that is not before the Court.

Per McLachlin J. (dissenting): The first question that arises is whether the Crown has established a case to meet, that is, whether it has adduced evidence which, if believed, would establish proof beyond a reasonable doubt. A second question arises at the end of the trial, namely whether the trier of fact should believe the Crown's evidence. At this second stage, the judge or jury may consider the absence of evidence contradicting the Crown's case to meet, including the accused's failure to testify. To say that an inference has been drawn from the accused's failure to testify is only to say that the Crown's evidence stands unchallenged. This does not violate the accused's right to silence or presumption of innocence.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; **referred to:** *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Schwartz*, [1996] B.C.J. No. 3145 (QL); *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R.

vorables elles-mêmes étaient exclues, le par. 4(6) n'interdirait pas simplement les «commentaires», mais bien toute conclusion défavorable. Les motifs du juge Sopinka soulèvent indirectement la question de la constitutionnalité du par. 4(6), laquelle n'a pas été contestée devant notre Cour.

Ayant conclu que le ministère public avait présenté une preuve complète accablante et qu'il s'agissait d'une «situation [...] pratiquement criante», le juge du procès a à bon droit conclu à la culpabilité de l'accusé sur la foi du silence de ce dernier. Cette conclusion était naturelle, raisonnable et, vu l'existence d'une preuve complète, parfaitement compatible avec le droit de l'accusé de garder le silence et avec la présomption d'innocence.

Les juges La Forest et Gonthier (dissidents): Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sous réserve qu'aucun commentaire ne devrait être fait sur la validité constitutionnelle du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, question dont la Cour n'est pas saisie.

Le juge McLachlin (dissidente): La première question est de savoir si le ministère public a présenté une preuve complète, c'est-à-dire s'il a présenté une preuve qui, si on y ajoute foi, prouverait la culpabilité hors de tout doute raisonnable. La deuxième question, qui se pose à la fin du procès, est de savoir si le juge des faits devrait ajouter foi à la preuve du ministère public. À cette seconde étape, le juge ou le jury peut tenir compte de l'absence de preuve contredisant la preuve complète du ministère public, y compris du défaut de l'accusé de témoigner. Affirmer qu'une conclusion a été tirée du défaut de l'accusé de témoigner revient seulement à dire que la preuve du ministère public n'a pas été contestée. Cela ne viole ni le droit de l'accusé de garder le silence, ni la présomption d'innocence.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; **arrêts mentionnés:** *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Schwartz*, [1996] B.C.J. No. 3145 (QL); *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2

717; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, aff'd [1931] S.C.R. 421; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370; *R. v. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23; *R. v. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381; *R. v. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. v. Albert* (1987), 77 N.B.R. (2d) 269; *R. v. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175; *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. v. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. P. (M.B.), [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, aff'd [1931] S.C.R. 421; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. v. Jackson* (1991), 12 W.C.B. (2d) 270; *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Murray v. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R. 151; *R. v. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818; *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217; *R. v. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492; *Trompert v. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357; *Hall v. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031.

By McLachlin J. (dissenting)

Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350; *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), (d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 348(1)(a), (2)(a) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 47], 351(1),

R.C.S. 717; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, conf. par [1931] R.C.S. 421; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370; *R. c. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23; *R. c. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381; *R. c. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. c. Albert* (1987), 77 R.N.-B. (2^e) 269; *R. c. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175; *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. c. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. P. (M.B.), [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, conf. par [1931] R.C.S. 421; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. c. Jackson* (1991), 12 W.C.B. (2d) 270; *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Murray c. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R. 151; *R. c. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818; *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217; *R. c. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492; *Trompert c. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357; *Hall c. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031.

Citée par le juge McLachlin J. (dissidente)

Dubois c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 350; *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(c), d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 348(1)a), (2)a) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 47], 351(1), 686(1)a)(i) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], b)(iii).

686(1)(a)(i) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (b)(iii).

Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), art. 4.

Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33, s. 35.

Authors Cited

Delisle, R. J. Annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203.

Delisle, R. J. "Silence at Trial: Inferences and Comments" (1997), 1 C.R. (5th) 313.

Dennis, Ian. "The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions", [1995] *Crim. L.R.* 4.

Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.

Jackson, John. "The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270.

Munday, Roderick. "Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a Defendant's Failure to Testify" (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process", in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982, 335.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258, allowing the accused's appeal from his conviction on charges of breaking and entering a dwelling place with intent to commit an indictable offence and of having in his possession an instrument suitable for breaking into a motor vehicle, and ordering a new trial. Appeal dismissed, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

William F. Ehrcke, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Tom Arbogast*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), art. 4.

Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 35.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(6).

Doctrine citée

Delisle, R. J. Annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203.

Delisle, R. J. «Silence at Trial: Inferences and Comments» (1997), 1 C.R. (5th) 313.

Dennis, Ian. «The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions», [1995] *Crim. L.R.* 4.

Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.

Jackson, John. «The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270.

Munday, Roderick. «Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a Defendant's Failure to Testify» (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 417.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour introduction par effraction dans un immeuble d'habitation dans l'intention d'y commettre un acte criminel et pour avoir eu en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Tom Arbogast*, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Sopinka J. and I must respectfully disagree with his interpretation of the previous decisions of this Court that have addressed the prospect of drawing adverse inferences from an accused's silence at trial.

According to Sopinka J. the silence of an accused can only be used by the trier of fact in two very limited senses. The accused's silence may: (1) confirm prior findings of guilt beyond a reasonable doubt; and (2) remind triers of fact that they need not speculate about unstated defences. With greatest respect, this misinterprets the case law. This Court and others have repeatedly held that when the Crown presents a case to meet that implicates the accused in a "strong and cogent network of inculpatory facts", the trier of fact is entitled to consider the accused's failure to testify in deciding whether it is in fact satisfied of his or her guilt beyond a reasonable doubt. As I wrote for a majority of this Court in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 579:

Once . . . the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. [Emphasis in original.]

This proposition is hardly novel. It emerged at common law some time ago in at least three notable cases. See *R. v. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (B.C.S.C.); *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (Ont. S.C. App. Div.), aff'd [1931] S.C.R. 421. It has since been adopted by this Court

LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka. En toute déférence, je ne peux souscrire à l'interprétation qu'il donne des arrêts rendus antérieurement par notre Cour sur la possibilité de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé au procès.

D'après le juge Sopinka, le juge des faits ne peut utiliser le silence de l'accusé que dans deux cas très limités. Le silence de l'accusé peut: (1) confirmer la conclusion déjà tirée quant à la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable; (2) rappeler au juge des faits qu'il n'a pas à conjecturer sur des moyens de défense non invoqués. En toute déférence, cette interprétation de la jurisprudence est erronée. Notre Cour et d'autres tribunaux ont jugé à maintes reprises que, dans les cas où le ministère public a présenté contre l'accusé une preuve complète, [TRADUCTION] «constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatoyes», le juge des faits a le droit de tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé pour décider s'il est effectivement convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de celui-ci. Comme je l'ai écrit pour la majorité de notre Cour dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 579:

[Q]uand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires [. . .] En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. [Souligné dans l'original.]

Cette proposition n'est guère nouvelle; elle a été énoncée en common law, il y a un certain temps de cela, dans au moins trois décisions notables. Voir *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.); *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (C.S. Ont., Div. app.), conf. par [1931] R.C.S. 421. Elle

in a long line of appeals in the last quarter of this century. See *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *P. (M.B.), supra*; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654.

The Early Cases

⁴ In *Burdett, supra*, the accused was charged with seditious libel. Although there was a significant amount of evidence implicating him in the creation and delivery of the seditious statements, there was no direct proof that he had published them. Of course the accused was not competent to testify in 1820, but in restoring the accused's initial conviction, Abbott C.J. said the following about drawing inferences against the accused's failure to furnish any evidence in his defence at pp. 161-62:

In drawing an inference or conclusion from facts proved, regard must always be had to the nature of the particular case, and the facility that appears to be afforded, either of explanation or contradiction. No person is to be required to explain or contradict, until enough has been proved to warrant a reasonable and just conclusion against him, in the absence of explanation or contradiction; but when such proof has been given, and the nature of the case is such as to admit of explanation or contradiction, if the conclusion to which the proof tends be untrue, and the accused offers no explanation or contradiction; can human reason do otherwise than adopt the conclusion to which the proof tends?

⁵ In *Jenkins, supra*, a woman was murdered and, among other incriminating evidence, the eight-year-old sole eyewitness to the crime described the murderer as a man matching the description and wearing the corresponding clothing to that of the accused. The jury convicted the accused even though the young witness identified another man as the killer who, at trial, had been placed as a sub-

a depuis été adoptée par notre Cour dans une longue série d'arrêts au cours du dernier quart de siècle. Voir *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *P. (M.B.)*, précité; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654.

La jurisprudence ancienne

Dans l'arrêt *Burdett*, précité, l'accusé était inculpé d'avoir produit un écrit diffamatoire séditieux. Malgré une preuve abondante l'impliquant dans la rédaction et la distribution des déclarations séditieuses, il n'y avait aucune preuve directe qu'il les avait publiées. L'accusé n'était évidemment pas habile à témoigner en 1820, mais le juge en chef Abbott, qui a rétabli la déclaration de culpabilité initiale, a dit ceci, aux pp. 161 et 162, au sujet des conclusions qui peuvent être tirées du défaut de l'accusé de présenter la moindre preuve pour sa défense:

[TRADUCTION] Lorsqu'on tire une conclusion des faits prouvés, il faut toujours tenir compte de la nature du cas, ainsi que de la facilité avec laquelle les faits semblent pouvoir être expliqués ou contredits. Nul ne doit être contraint de fournir une explication ou une contradiction, tant que n'a pas été présentée une preuve suffisante, en l'absence d'explication ou de contradiction, pour justifier une conclusion de culpabilité raisonnable et juste; mais quand une telle preuve a été produite, et que la nature des faits est telle qu'ils doivent être expliqués ou contredits, même si la conclusion que suggère la preuve n'est pas la bonne mais que l'accusé ne fournit aucune explication ou contradiction, peut-on rationnellement adopter d'autre conclusion que celle suggérée par la preuve?

Dans *Jenkins*, précité, une femme avait été assassinée et un des éléments de preuve inculpatrices était le témoignage du seul témoin oculaire, qui était âgé de huit ans et avait identifié le meurtrier comme étant un homme dont le signalement et les vêtements correspondaient à ceux de l'accusé. Le jury a déclaré ce dernier coupable, bien que le jeune témoin ait désigné comme étant le

stitute in the prisoner's dock on the consent of both parties. On appeal, the British Columbia Supreme Court determined that there was sufficient evidence to justify the conviction. In reaching this conclusion, Irving J. drew attention to the accused's failure to explain the collection of incriminating facts against him. He wrote at p. 230:

It is true that a man is not called upon to explain suspicious things, but there comes a time when, circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent net-work of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned. [Emphasis added.]

In *Steinberg, supra*, the accused was convicted of murder in the gruesome death of his partner who was shot and later found burned in his Toronto office. One of the issues on appeal was whether the trial judge had erred by instructing the jury to consider that the perpetrator was one of the deceased's partners because the eyewitness described the killer's entry into the office as though it were made with a key. In a judgment upholding the conviction, later affirmed by this Court, Middleton J.A. asserted at p. 36:

It may be that the evidence is very largely circumstantial, but the actual facts are known to the accused, and he has the right, under the laws as they now exist, to explain them away by his own evidence. For example, he is not directly shown to have been in possession of his gun at the time of the murder. He was in possession of it at an earlier date. It may have been a mere coincidence that the victim was shot by this gun, and that the accused was at the time of the murder only a few yards away. It is possible that the gun had been stolen from his residence by the murderer. If so, he could have testified to the fact, and the jury might have accepted his explanation. He might have been able to explain how the cartridge, which apparently fell from the revolver while he was in the room, came to be there. He may have a satisfactory explanation as to how blood-stained overalls came to be found in his room. He might be able to deny that he made the compromising statements to the gaol

meurtrier un autre homme qui, au procès, avec l'accord des parties, avait été placé dans le box, à la place de l'accusé. En appel, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décidé que la preuve était suffisante pour justifier la déclaration de culpabilité. En tirant cette conclusion, le juge Irving a souligné le défaut de l'accusé d'expliquer l'ensemble de faits inculpatatoires présentés contre lui. Le juge a écrit ceci, à la p. 230:

[TRADUCTION] Il est vrai qu'un homme n'est pas tenu d'expliquer les choses suspectes, mais il arrive un moment où la preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires, oblige un homme à s'expliquer sous peine d'être reconnu coupable. [Je souligne.]

Dans *Steinberg, précité*, l'accusé avait été déclaré coupable du meurtre horrible de son associé qui, abattu d'un coup de feu, avait été découvert brûlé dans son bureau de Toronto. L'une des questions litigieuses en appel était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en indiquant aux jurés qu'ils devaient considérer que l'auteur du crime était l'un des associés de la victime, étant donné que le témoin oculaire avait dit que le tueur était entré dans le bureau comme s'il avait eu la clef. Dans un arrêt confirmant la déclaration de culpabilité, qui a plus tard été confirmée par notre Cour, le juge Middleton a affirmé ce qui suit, à la p. 36:

[TRADUCTION] La preuve est peut-être en très grande partie circonstancielle, mais les faits réels sont connus de l'accusé, et la loi, dans son état actuel, lui reconnaît le droit de témoigner afin de se disculper. Par exemple, la preuve n'établit pas directement qu'il avait son pistolet en sa possession au moment du meurtre. Il l'avait en sa possession à une date antérieure. Il est possible que ce soit une simple coïncidence que la victime ait été tuée au moyen de cette arme et que l'accusé se soit trouvé à quelques mètres de là au moment du meurtre. Il est possible que le pistolet lui ait été volé à sa résidence par le meurtrier. Si c'est le cas, il aurait pu en témoigner et le jury aurait pu accepter cette explication. Il aurait pu être capable d'expliquer comment il se fait que le chargeur, qui était apparemment tombé du pistolet pendant qu'il était dans la pièce, se trouvait là. Il aurait peut-être pu expliquer de manière satisfaisante pour quelle raison la salopette maculée de sang a été retrouvée dans sa

inmates, and the jury might readily have believed that the stories told were incredible; but, notwithstanding all the damning chain of evidence, he chooses to maintain silence.

No comment may be made upon this to the jury, but the law does not forbid jurors to use their intelligence and to consider the absence of denial or explanation.

7 None of these early cases suggests that the accused should be compelled to testify or that the accused is anything other than presumed innocent until proven guilty. They merely recognize that when an accused is implicated or “enveloped” in a case of unexplained inculpatory circumstances, there are consequences to silence that trial judges, juries, and appellate courts alike may consider in reaching a verdict. This does not happen in every case. A trier of fact is entitled to draw adverse inferences only where there is a “damning chain of evidence” or more aptly a “strong and cogent network of inculpatory facts”.

The Modern Approach

8 This approach to adverse inferences has been expressly adopted and refined by this Court in a number of judgments in recent years, both before and after the advent of the *Charter*. See *Avon, Corbett, Marcoux, Vézeau, Ambrose, Dubois, Leaney, P. (M.B.), François and Lepage, supra*. The following review of this jurisprudence is repetitious, but it does serve to illustrate my point.

9 In *Avon, supra*, the accused was convicted by a jury of non-capital murder. He appealed the conviction on the basis that the trial judge improperly commented on his failure to testify contrary to s. 4(5) (now s. 4(6)) of the *Canada Evidence Act*. The Court dismissed the appeal and concluded that the trial judge’s comments were proper. In reaching this conclusion, Fauteux C.J. found that the accused’s silence was relevant and weighty evi-

chambre. Il aurait pu nier avoir fait les déclarations compromettantes à ses codétenus, et le jury aurait pu facilement croire que les récits n’étaient pas crédibles; mais, malgré l’amoncellement de preuves accablantes, il a choisi de garder le silence.

On ne doit pas faire au jury de commentaires sur cette question, mais la loi n’interdit pas aux jurés de faire preuve d’intelligence et de tenir compte de l’absence de démenti ou d’explication.

Aucune de ces décisions anciennes n’indique que l’accusé devrait être contraint de témoigner, ou qu’il est autre chose que présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable. Elles reconnaissent simplement que, lorsque l’accusé est confronté à un ensemble de faits inculpatatoires inexpliqués, son silence entraîne des conséquences que le juge du procès, le jury et les cours d’appel peuvent prendre en considération en rendant leur verdict. Cela ne se produit pas dans toutes les affaires. Le juge des faits n’a le droit de tirer des conclusions défavorables que lorsqu’il y a un [TRADUCTION] «amoncellement de preuves accablantes» ou plus exactement un [TRADUCTION] «ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires».

L’approche moderne

Cette approche concernant les conclusions défavorables a été expressément adoptée puis précisée par notre Cour dans un certain nombre d’arrêts au cours des dernières années, tant avant qu’après l’adoption de la *Charte*. Voir les arrêts *Avon, Corbett, Marcoux, Vézeau, Ambrose, Dubois, Leaney, P. (M.B.), François et Lepage*, précités. L’examen que je vais maintenant faire de ces décisions a un caractère répétitif, mais il permet effectivement d’illustrer mon propos.

Dans *Avon*, précité, l’accusé avait été déclaré coupable par un jury de meurtre non qualifié. Il avait interjeté appel de la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès aurait à tort fait des commentaires sur son défaut de témoigner, enfreignant ainsi les dispositions du par. 4(5) (maintenant le par. 4(6)) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Notre Cour a rejeté le pourvoi et a conclu que les commentaires faits par le juge ne pouvaient

dence. At p. 657, Fauteux C.J. quoted *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (B.C.C.A.), for the proposition that:

... the fact that [the] accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale. ...

In *Corbett*, *supra*, the accused appealed his non-capital murder conviction on the ground that it was unreasonable and could not be supported by the evidence. The primary witness for the Crown was the deceased's wife, and although she identified the accused as the murderer in a line-up three days after the killing, there were some discrepancies between her testimony and some relevant physical evidence. In holding that the verdict was reasonable, Pigeon J. considered the Court of Appeal's comments regarding the evidentiary effect of the accused's silence. Pigeon wrote at pp. 280-81:

Section 4.5 of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

In *Marcoux*, *supra*, the accused was convicted at trial of breaking and entering and theft. The principal issue was whether it was proper for the judge to comment on the accused's refusal to take part in a police line-up. In affirming the conviction, Dickson J. (as he then was) concluded that the trial judge's comments were proper. By way of conclusion Dickson J. added at p. 775.

lui être reprochés. Exprimant cette conclusion, le juge en chef Fauteux a statué que le silence de l'accusé était une preuve pertinente et convaincante. À la p. 657, il a cité *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (C.A.C.-B.), au soutien de la proposition suivante:

[TRADUCTION] ... que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte ...

Dans *Corbett*, précité, l'accusé avait porté en appel sa déclaration de culpabilité à l'égard d'un meurtre non qualifié pour le motif qu'elle était déraisonnable et n'était pas appuyée par la preuve. Le témoin principal du ministère public était l'épouse de la victime et, bien que, au cours d'une séance d'identification trois jours après le meurtre, elle ait identifié l'accusé comme étant le meurtrier, il y avait quelques divergences entre sa déposition et certains faits matériels pertinents. Le juge Pigeon, qui a conclu que le verdict était raisonnable, a examiné les observations de la Cour d'appel concernant l'effet, sur le plan de la preuve, du silence de l'accusé. Le juge Pigeon a écrit ceci, aux pp. 280 et 281:

L'article 4.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

Dans *Marcoux*, précité, l'accusé avait été déclaré coupable, au procès, d'introduction par effraction et de vol. La question principale était de savoir si le juge pouvait à bon droit faire des commentaires sur le refus de l'accusé de participer à une séance d'identification. Confirmant la déclaration de culpabilité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que les commentaires du juge du procès ne constituaient pas une erreur. Puis, il a ajouté, en guise de conclusion, à la p. 775:

Even in such a matter as the failure of an accused to testify, although neither judge nor counsel can comment upon the failure, a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused.

Même dans une question telle que le défaut du prévenu de témoigner, bien que ni le juge ni l'avocat ne puissent commenter le défaut, un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment.

12

In *Vézeau, supra*, the accused was acquitted by a jury of non-capital murder. The issue on appeal was whether the trial judge erred by instructing the jury that they could not draw any unfavourable conclusions from the silence of the accused. The accused had presented an alibi defence at the trial, but did not personally testify. In concluding that the trial judge's remarks did constitute an error of law, Martland J. referred to the Court's then recent decision in *Corbett* and stated at p. 288:

Dans *Vézeau*, précité, l'accusé avait été acquitté par un jury d'une accusation de meurtre non qualifié. La question en appel était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en indiquant aux jurés qu'ils ne pouvaient tirer aucune conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé. Celui-ci avait présenté une défense d'alibi au procès, mais n'avait pas lui-même témoigné. Concluant que les remarques du juge constituaient effectivement une erreur de droit, le juge Martland s'est référé à la décision alors récente de notre Cour *Corbett*, et il a dit ceci, à la p. 288:

Tremblay C.J. makes it clear that he was not founding his judgment upon any breach of that provision [now s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*] by the trial judge in his charge. His point is that the subsection does not require or authorize a trial judge to tell a jury that they cannot draw their own conclusions from the fact that the accused has not given evidence. In his opinion, with which I agree, it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify, and, particularly, in a case in which it is sought to establish an alibi.

Le juge en chef Tremblay laisse clairement entendre qu'il ne fonde pas son jugement sur le fait que le juge du procès, dans ses directives, aurait violé cette disposition [maintenant le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*]. Ce qu'il dit, c'est que le paragraphe n'a pas pour effet d'obliger ni d'autoriser le juge du procès à dire aux jurés qu'ils ne peuvent tirer leurs propres conclusions du fait que l'accusé n'a pas témoigné. À son avis, auquel je souscris, il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner, notamment dans un cas où l'on cherche à établir un alibi.

Martland J. later remarked at p. 292:

Le juge Martland a par la suite fait la remarque suivante, à la p. 292:

The failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence.

Le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de ce moyen de défense.

13

In *Ambrose, supra*, the two appellants were convicted of capital murder in the killings of two police officers. On appeal the appellants raised numerous grounds for reversal, five of which the New Brunswick Appeal Division recognized as errors on the part of the trial judge, but none of which the Appeal Division concluded resulted in a miscarriage of justice. Spence J. concluded his strong affirmation of Limerick J.A.'s decision with a curt comment regarding the silence of the two accused at pp. 727-28:

Dans *Ambrose*, précité, les deux appelants avaient été déclarés coupables du meurtre qualifié de deux policiers. En appel, ils ont fait valoir divers moyens, dont cinq ont été considérés par la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick comme étant des erreurs du juge du procès, mais non des erreurs ayant entraîné une erreur judiciaire grave. Le juge Spence a terminé sa confirmation catégorique de la décision du juge Limerick de la Cour d'appel par un commentaire laconique sur le silence des deux accusés, aux pp. 727 et 728:

In addition, this Court is, of course, as was the Appeal Division, entitled to take cognisance of the fact that despite this mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused neither of the accused offered any evidence in defence. I need not cite authority for the proposition that such a circumstance is a proper one for an Appellate Court to consider.

In *Leaney, supra*, the accused individuals were convicted of robbery, break and enter, and use of a firearm in connection with the robbery of a drug-store in Edmonton. On appeal, it was determined that the trial judge had erred in admitting videotape evidence as similar fact evidence. In concluding that there was no miscarriage of justice and that the verdict would necessarily have been the same absent the error, McLachlin J. commented on the importance of the silence of the accused at p. 418:

It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime: *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657.

Why, one might ask, has this Court commented so frequently on the effect of the accused's silence? Why has it arisen so often as an issue before this Court? The reason is simple: silence can be very probative. Consider, for example, a case of sexual assault where the victim describes her attacker as a man with a very unusual tattoo on the upper portion of his arm. Nothing allows the Crown to call the accused as its first witness, as it could do under an inquisitorial system of criminal justice. However, assuming the Crown, by adducing other evidence, establishes a case to meet (i.e. enough evidence to make a guilty verdict reasonable), would not every man wrongly accused who lacks the described tattoo roll up his sleeve in court to exonerate himself? See *R. v. Jackson*, B.C.C.A., January 15, 1991, Victoria Registry V01065,

De plus, à l'instar de la Division d'appel, cette Cour a naturellement le droit de prendre en considération le fait qu'en dépit de ce grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense et n'ont cité aucun témoin. Il est inutile de citer ici quoi que ce soit pour confirmer qu'une cour d'appel peut, à bon droit, prendre ce fait en considération.

Dans *Leaney*, précité, les accusés avaient été déclarés coupables de vol qualifié dans une pharmacie à Edmonton, d'introduction par effraction et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration du vol. En appel, il a été déterminé que le juge du procès avait commis une erreur en admettant en preuve une bande vidéo à titre de preuve de faits similaires. Concluant qu'aucune erreur judiciaire grave n'avait été commise et que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence d'erreur, le juge McLachlin a fait l'observation suivante, à propos du silence de l'accusé, à la p. 418:

Il est bien reconnu que, pour déterminer s'il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime: *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650, à la p. 657.

Pourquoi, pourrait-on se demander, notre Cour a-t-elle si fréquemment fait des observations sur l'effet du silence de l'accusé? Pourquoi cette question a-t-elle été soulevée si souvent devant notre Cour? La raison est simple: le silence peut avoir une grande force probante. Prenons comme exemple une affaire d'agression sexuelle où la victime décrit son agresseur comme étant un homme arborant un tatouage très singulier sur le bras. Rien ne permet au ministère public de citer l'accusé à la barre comme premier témoin, contrairement à ce qui serait possible dans un système inquisitoire de justice pénale. Toutefois, à supposer que le ministère public, par d'autres preuves, présente une preuve complète (c'est-à-dire suffisante pour qu'un verdict de culpabilité soit tenu pour raisonnable), est-ce que tout individu accusé à tort et n'ayant pas le tatouage en question ne relèverait pas sa manche devant le tribunal pour se disculper? Voir *R. c. Jackson*, C.A.C.-B., le 15 janvier 1991, greffe de