

**Camille Noël** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. NOËL**

**Neutral citation: 2002 SCC 67.**

File No.: 28734.

2002: May 14; 2002: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Whether accused's cross-examination contrary to s. 13 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.*

*Evidence — Cross-examination — Self-incrimination — Accused convicted of first degree murder — Crown cross-examining accused at length on incriminating statements he had made during his brother's trial for same murder — Accused having invoked s. 5(2) of Canada Evidence Act at his brother's trial — Whether Crown should have been prevented from introducing prior testimony at accused's own trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5(2).*

The accused was charged with first degree murder after the body of a nine-year-old boy was found in a tunnel. The boy had died of strangulation. The case against the accused consisted essentially of numerous incriminating statements that he made to the police in the days following the homicide. The accused's defence was that his brother had killed the victim while he merely assisted in disposing of the body. The accused testified at trial and denied any participation in the killing. He repudiated all his previous incriminating statements. The accused's brother had also been charged with that murder. He was tried separately and acquitted. The

**Camille Noël** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. NOËL**

**Référence neutre : 2002 CSC 67.**

N° du greffe : 28734.

2002 : 14 mai; 2002 : 31 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Le contre-interrogatoire de l'accusé était-il contraire à l'art. 13 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.*

*Preuve — Contre-interrogatoire — Auto-incrimination — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Accusé contre-interrogé en détail par le ministère public sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère pour le même meurtre — Accusé ayant invoqué l'art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada lors du procès de son frère — Le ministère public aurait-il dû être empêché de produire le témoignage antérieur de l'accusé à son propre procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5(2).*

Une accusation de meurtre au premier degré a été portée contre l'accusé après la découverte du corps d'un jeune garçon de neuf ans dans un tunnel. L'enfant était mort étranglé. La preuve contre l'accusé se composait essentiellement de nombreuses déclarations incriminantes qu'il avait faites à la police dans les jours suivant l'homicide. Pour sa défense, l'accusé affirmait que c'était son frère qui avait tué la victime et qu'il l'avait simplement aidé à se débarrasser du corps. L'accusé a témoigné à son procès et a nié toute participation au meurtre. Il a désavoué toutes ses déclarations incriminantes antérieures. Le frère de l'accusé avait également été accusé du meurtre.

accused testified for the Crown both at the preliminary inquiry and at his brother's trial. Although the accused was called as a Crown witness, the Crown was eventually permitted to cross-examine him at his brother's trial. The cross-examination was lengthy and fruitful. The accused admitted that his statements to the police were true, and he admitted having been his brother's accomplice in the murder of the boy. In addition to the constitutional protection granted to him by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, when the accused testified at his brother's trial he had asked for, and been granted, the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. When the accused eventually testified in his own trial, the Crown was permitted to cross-examine him at length on the incriminating statements he made during his brother's trial. The accused was found guilty by the jury. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Under s. 13 of the *Charter*, when an accused testifies at trial, he cannot be cross-examined on the basis of a prior testimony, even if it is tendered for the apparent limited purpose of testing credibility, unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that his prior testimony could be used to incriminate him. The danger of incrimination will vary with the nature of the prior evidence and the circumstances of the case, including the efficacy of an adequate instruction to the jury. When the prior evidence was highly incriminating, no limiting instruction to the jury could overcome the danger of incrimination and the cross-examination should not be permitted.

During his trial the accused was cross-examined at length on the testimony he gave previously during the preliminary inquiry and trial of his brother. Typically, Crown counsel would read excerpts from the transcript of the accused's prior testimony and, consistently, the accused would repudiate his prior in-court statements, stating that he was in fact lying during his brother's trial, claiming that his brother had threatened him and forced him to lie. Had the sole intent of the Crown been to discredit the accused, it would have been sufficient simply to highlight these contradictions and repudiations. However, the Crown went further and, at various points in the cross-examination, attempted to get the accused to adopt the incriminating portions of his prior testimony. The cross-examination was thus illegally aimed at

Il a été jugé séparément et acquitté. L'accusé a témoigné pour la poursuite à l'enquête préliminaire et au procès de son frère. Même si l'accusé avait été assigné à titre de témoin à charge, le ministère public a par la suite été autorisé à le contre-interroger au cours du procès de son frère. Ce contre-interrogatoire fut long et utile. L'accusé a alors reconnu la véracité de ses déclarations antérieures à la police et admis sa complicité dans le meurtre du jeune garçon. Outre la protection constitutionnelle que lui accordait l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'accusé a demandé et obtenu, lorsqu'il a témoigné au procès de son frère, la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Lorsque, par la suite, l'accusé a témoigné à son propre procès, le ministère public a été autorisé à le contre-interroger en détail sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites lors du procès de son frère. Le jury a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissident) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

*Le juge en chef* McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : En vertu de l'art. 13 de la *Charte*, l'accusé qui témoigne à son procès ne peut être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a rendu antérieurement, même si ce témoignage n'est produit en apparence que dans le but limité de jauger la crédibilité, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur puisse être utilisé pour l'incriminer. Le risque d'incrimination variera selon la nature du témoignage antérieur et les circonstances de l'affaire, y compris l'efficacité de directives appropriées données au jury. Lorsque le témoignage antérieur était très incriminant, aucune directive restrictive donnée au jury ne saurait écarter le risque d'incrimination et le contre-interrogatoire ne devrait pas être autorisé.

Au cours de son procès, l'accusé a été contre-interrogé en détail sur le témoignage qu'il avait rendu antérieurement à l'enquête préliminaire et au procès de son frère. En général, le substitut du procureur général lisait des extraits de la transcription du témoignage antérieur de l'accusé et, chaque fois, l'accusé désavouait ses déclarations judiciaires antérieures, en affirmant avoir menti lors du procès de son frère et en clamant que son frère l'avait menacé et forcé à mentir. Si son seul but avait été de discréditer l'accusé, le ministère public aurait pu se contenter de faire ressortir ces contradictions et ces désaveux. Or, le ministère public est allé plus loin et a tenté, à divers moments du contre-interrogatoire, d'amener l'accusé à réitérer les parties incriminantes de son témoignage antérieur. Le contre-

incriminating the accused and not only at testing his credibility. The risk of misuse of the incriminating evidence given by the accused at his brother's trial was overwhelming and could not have been alleviated by any instructions.

Since the accused invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* at his brother's trial, the Crown should have been prevented from introducing that prior testimony at the accused's own trial. Moreover, the constitutional protection offered by s. 13 of the *Charter* is co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in a case like the present. When the accused is cross-examined by reference to incriminating evidence that he gave in a judicial proceeding — whether the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act* was claimed or not — the accused is protected by s. 13 of the *Charter*. When the evidence given in a judicial proceeding by a witness who subsequently becomes an accused was incriminating at the time it was given, such that the witness could have been granted the statutory protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, but did not know to ask, the focus should shift to the use that the Crown proposes to make of that evidence at the subsequent trial of the accused. Clearly, the Crown is precluded from introducing it as part of its case in chief. Whether the Crown can confront the accused with his prior incriminating testimony in cross-examination, purportedly to test his credibility, will depend on whether there is a real danger, despite any warning given to the jury, that the protected evidence may be used to incriminate the accused. The *Kuldip* exception is limited to cases where the reference to the prior evidence is exclusively for impeachment purposes and carries no other risk of incrimination. Cross-examination is thus permitted only when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence.

No reference should have been made, during the cross-examination of the accused, to his awareness of the statutory and constitutional protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* respectively. In the rare circumstances where it will be permissible to cross-examine an accused on the basis of his prior testimony, the cross-examination will only be directed at his credibility. Knowledge of the legal protection does not yield an inference in relation to truthfulness one way or the other.

interrogatoire visait donc illégalement à incriminer l'accusé et pas seulement à jauger sa crédibilité. Il existait un immense risque d'utilisation abusive du témoignage incriminant rendu par l'accusé au procès de son frère et ce risque ne pouvait être atténué par quelque directive que ce soit.

Puisque l'accusé avait invoqué l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* lors du procès de son frère, on aurait dû empêcher le ministère public de déposer ce témoignage antérieur au procès de l'accusé. De plus, dans un cas comme celui-ci, la protection constitutionnelle offerte par l'art. 13 de la *Charte* a la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'accusé bénéficie de la protection de l'art. 13 de la *Charte* lorsqu'il est contre-interrogé relativement à un témoignage incriminant qu'il a déjà rendu dans une procédure judiciaire — peu importe qu'il ait réclamé ou non la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Lorsque le témoignage offert dans une procédure judiciaire par un témoin devenu par la suite accusé était incriminant au moment où il a été rendu, de sorte que le témoin aurait pu bénéficier de la protection légale de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'il avait su qu'il pouvait la revendiquer, il faut centrer notre attention sur la façon dont le ministère public entend utiliser ce témoignage au procès subséquent de l'accusé. De toute évidence, le ministère public ne peut se servir de ce témoignage pour établir sa preuve principale. La question de savoir si le ministère public peut opposer à l'accusé, en contre-interrogatoire, son témoignage antérieur incriminant, censément pour attaquer sa crédibilité, dépendra de l'existence du danger réel que le témoignage protégé puisse servir à incriminer l'accusé, malgré toute mise en garde faite au jury. L'application de l'arrêt *Kuldip* se limite aux cas où la mention du témoignage antérieur vise exclusivement à attaquer la crédibilité et ne comporte aucun autre risque d'incrimination. On permettrait donc le contre-interrogatoire lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense.

Lors du contre-interrogatoire de l'accusé, aucune allusion n'aurait dû être faite à sa connaissance de la protection légale et constitutionnelle que lui offrent, respectivement, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte*. Dans les rares circonstances où il sera permis de contre-interroger un accusé relativement à son témoignage antérieur, le contre-interrogatoire ne visera que sa crédibilité. La connaissance de la protection légale ne permet pas de tirer une inférence quant à la véracité ou à la fausseté d'un témoignage.

Since the case must go back for a new trial on the s. 13 issue, it is unnecessary to decide whether the trial judge's instructions on reasonable doubt were sufficiently flawed to have required a new trial on that ground alone. As for the trial judge's treatment of the expert evidence, the instructions were not deficient to the point of constituting a misdirection.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Preventing the jury from hearing evidence going to the heart of the accused's credibility on the grounds that the jury are incapable of properly using it for this just purpose would add a barrier to the truth-seeking process which is both unjustified and unjust. Ensuring that an accused receives a fair trial, deterring police misconduct and preserving the integrity of the administration of justice are all laudable goals to which this Court must strive in its rules of evidence, at times to the detriment of full access to the truth. Where these goals are met, however, the search for the truth must be the preponderant consideration. No evidence was before the Court in this case to suggest that juries are, as a whole, unable to use prior testimony in an appropriate manner. Absent such evidence, there does not appear to be a pressing need to make a fundamental change in the law of evidence so as to exclude in all cases a whole series of prior inconsistent statements made while testifying. Eliminating a significant amount of evidence that strikes at the heart of any witness's credibility is also not a proper expression of the law. In this case admitting prior testimony will generally serve both to incriminate the accused and to undermine his credibility. The former use is prejudicial, while the latter is proper. The jury should be given a chance to make use of this type of evidence, subject to appropriate instructions indicating that they are not to use prior testimony to incriminate the accused. *Kuldip* strikes an appropriate balance between the rights of the accused not to have their previous evidence used to incriminate them, and the need for the jury to be exposed to as much of the truth as can be permitted in a just society. This is the balance that s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* seek to strike, and this is the balance that this Court ought to uphold. Allowing a witness to lie on the stand without fear of being contradicted is not something this Court ought to permit.

The use immunity that arises when a witness testifies is the same whether the witness has claimed the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* or not. This use immunity prevents the prosecution from using the witness's testimony in any subsequent proceedings

Puisqu'un nouveau procès serait tenu en conséquence de la question fondée sur l'art. 13, il n'était pas nécessaire de décider si les directives du juge du procès sur le doute raisonnable étaient suffisamment viciées pour exiger la tenue d'un nouveau procès pour ce seul motif. En ce qui concerne la façon dont le juge du procès a traité la preuve d'expert, ses directives ne comportaient pas de lacunes suffisantes pour être considérées comme des directives erronées.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : Empêcher le jury d'entendre une preuve qui va au cœur de la crédibilité de l'accusé au motif que le jury est incapable de s'en servir judicieusement à cette fin légitime constituerait un obstacle de plus, à la fois injustifié et injuste, à la découverte de la vérité. Dans l'application de ses règles de preuve, notre Cour doit, parfois au détriment d'un accès intégral à la vérité, tendre vers les objectifs louables qui consistent à assurer le caractère équitable du procès de l'accusé, à empêcher l'inconduite policière et à maintenir l'intégrité de l'administration de la justice. Cependant, lorsque ces objectifs sont atteints, la recherche de la vérité doit l'emporter sur les autres considérations. En l'espèce, la Cour ne disposait d'aucun élément de preuve tendant à démontrer que les jurés ne sont généralement pas en mesure de se servir judicieusement des témoignages antérieurs. En l'absence d'une telle preuve, il n'apparaît pas y avoir un besoin urgent de modifier en profondeur le droit de la preuve de manière à exclure systématiquement toute une série de déclarations antérieures incompatibles faites au cours d'un témoignage. L'élimination d'une portion considérable d'éléments de preuve qui vont au cœur de la crédibilité d'un témoin ne reflète pas l'état du droit. En l'espèce, l'admission en preuve du témoignage antérieur servira normalement à incriminer l'accusé et à miner sa crédibilité. La première fin comporte un caractère préjudiciable, alors que la dernière est légitime. On devrait laisser au jury l'occasion d'utiliser ce type de preuve, sous réserve de directives appropriées lui enjoignant de ne pas se servir du témoignage antérieur de l'accusé pour l'incriminer. L'arrêt *Kuldip* établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé de ne pas voir son témoignage antérieur utilisé pour l'incriminer et le besoin pour le jury de connaître la vérité dans toute la mesure où il le peut dans le cadre d'une société juste. C'est l'équilibre que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte* cherchent à atteindre, et c'est l'équilibre que la Cour se doit de maintenir. La Cour ne devrait pas permettre qu'un témoin mente à la barre sans craindre d'être contredit.

L'immunité contre l'utilisation d'un témoignage, dont bénéficie la personne qui témoigne, est similaire, que cette dernière ait ou non revendiqué la protection fondée sur l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cette immunité empêche la poursuite de se servir de la

for the purpose of incriminating the witness (who is now the accused in his or her own proceeding). Given the fact that a great deal of evidence that is tendered to impugn a witness's credibility also has the effect of incriminating him or her, it will be necessary in most cases for the trial judge to instruct the jury with respect to the appropriate use to which they can put the evidence. Occasionally, instructions to the jury will have to be given during the trial so as to pre-emptively prepare the jury for the evidence they will hear. The danger of the evidence being used to incriminate the accused depends a great deal on the nature of the evidence as well as the circumstances of the case. The greater the danger of incrimination, the more explicit the instructions to the jury will need to be to prevent the evidence from being used to impermissibly incriminate the accused.

The Crown's cross-examination of the accused dealt mostly with the accused's prior testimony at his brother's trial and preliminary hearing. There is nothing that is offensive in this line of questioning. The trial judge's instructions to the jury appropriately delineated the two purposes for which the evidence could be used, and the one purpose for which the jury were entitled to use it. While the trial judge's instructions pertaining to the appropriate standard of proof are not entirely consistent with this Court's requirements, there has been substantial compliance with the requirements set out. There is no reasonable apprehension that the jury misunderstood the correct standard of proof that they were required to apply. The appeal should also be dismissed on the issue of expert evidence. While Crown counsel's questions respecting the accused's understanding of the law were not appropriate, the presence of such questions did not have any real effect on the outcome of the accused's trial, and the curative proviso should be applied.

### Cases Cited

By Arbour J.

**Distinguished:** *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **referred to:** *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358; *R. v. Côté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Marcoux*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *R. v. Mottola*, [1959] O.R. 520; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *Den Norske Bank A.S.A. v. Antonatos*, [1999] Q.B. 271; *Carter v. United States*, 684 A.2d 331 (1996); *Hoffman v.*

déposition du témoin (qui est maintenant l'accusé) pour l'incriminer dans toute procédure subséquente. Compte tenu du fait qu'une grande partie du témoignage présenté pour attaquer la crédibilité d'un témoin a également l'effet de l'incriminer, il sera nécessaire dans la plupart des cas que le juge du procès donne au jury des directives sur la fin légitime à laquelle celui-ci peut utiliser le témoignage. Le juge devra occasionnellement donner des directives au jury au cours du procès, question de le préparer d'avance aux témoignages qu'il s'apprête à entendre. Le danger de voir le témoignage de l'accusé utilisé pour l'incriminer dépend largement de la nature du témoignage ainsi que des circonstances de l'affaire. Plus le danger d'incrimination est grand, plus les directives au jury devront être explicites afin d'empêcher que le témoignage de l'accusé soit utilisé, de manière inacceptable, pour l'incriminer.

Le contre-interrogatoire que le ministère public a mené portait largement sur le témoignage antérieur que l'accusé avait rendu au procès et à l'enquête préliminaire de son frère. Ce type de questions n'a rien d'inapproprié. Les directives du juge du procès au jury délimitent convenablement les deux fins auxquelles le témoignage peut servir, ainsi que la seule fin à laquelle le jury est habilité à en faire usage. Bien que ses directives sur la norme de preuve appropriée n'aient pas été entièrement conformes aux exigences de la Cour, elles étaient conformes pour l'essentiel aux exigences prescrites. Il n'existe aucune crainte raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve appropriée qu'il se devait d'appliquer. Il y a également lieu de rejeter l'appel sur la question de la preuve d'expert. Bien que les questions que le substitut du procureur général a posées à l'accusé sur sa compréhension du droit aient été inappropriées, elles n'ont pas véritablement influencé l'issue du procès de l'accusé et la disposition réparatrice doit être appliquée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Malloy c. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358; *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Marcoux*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97; *Klein c. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *R. c. Mottola*, [1959] O.R. 520; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. c. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *Den Norske Bank A.S.A. c. Antonatos*, [1999] Q.B. 271; *Carter c. United States*, 684

*United States*, 341 U.S. 479 (1951); *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Monette*, [1956] S.C.R. 400; *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950; *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Avetyisan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; *R. v. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678; *R. v. Hammond* (1898), 29 O.R. 211; *R. v. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Miller v. White* (1889), 16 S.C.R. 445; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773; *R. v. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *R. v. Guariglia*, [2000] VSC 13; *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951); *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Avetyisan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1898, c. 53, s. 1.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5 [am. 1997, c. 18, s. 116].  
*Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 13, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.11 [ad. 1991, c. 43, s. 4; 1995, c. 22, s. 10 (Sch. I, item 24)], 686(1)(b)(iii).  
*Evidence Act 1908* (New Zealand), No. 56, s. 4.  
*Evidence Act 1958* (Victoria), No. 6246, s. 29.  
*Evidence Act 1977* (Queensland), 26 Eliz. II No. 47, s. 10 [am. Qld. E.D. s. 7].  
*Evidence Act 2001* (Tasmania), No. 76 of 2001, s. 128.

A.2d 331 (1996); *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951); *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Monette*, [1956] R.C.S. 400; *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950; *R. c. Jabarianha*, [2001] R.C.S. 430, 2001 CSC 75; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Avetyisan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; *R. c. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678; *R. c. Hammond* (1898), 29 O.R. 211; *R. c. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Miller v. White* (1889), 16 R.C.S. 445; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. c. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773; *R. c. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385; *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412; *R. c. Guariglia*, [2000] VSC 13; *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951); *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Avetyisan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. c. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430, 2001 CSC 75.

#### Lois et règlements cités

*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31, art. 5.  
*Acte modifiant l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1898, ch. 53, art. 1.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 13, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.11 [aj. 1991, ch. 43, art. 4; 1995, ch. 22, art. 10 (ann. I, art. 24)], 686(1)(b)(iii).  
*Constitution des États-Unis d'Amérique*, Cinquième Amendement.  
*Evidence Act 1908* (Nouvelle-Zélande), No. 56, art. 4.  
*Evidence Act 1958* (Victoria), No. 6246, art. 29.  
*Evidence Act 1977* (Queensland), 26 Eliz. II No. 47, art. 10 [mod. Qld. E.D. art. 7].  
*Evidence Act 2001* (Tasmanie), No. 76 of 2001, art. 128.

*United States Constitution*, Fifth Amendment.

#### Authors Cited

- Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. XXXVI, 3rd Sess., 7th Parl., March 3, 1893, pp. 1695 and 1697.
- Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury*. Ottawa: The Commission, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.
- Cross on Evidence*, 6th N.Z. ed. by Donald L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1997.
- Delisle, Ronald Joseph, and Don Stuart. *Evidence Principles and Problems*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2001.
- Heydon, John Dyson. *Cross on Evidence*, 6th Australian ed. Sydney: Butterworths, 2000.
- Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 2000.
- Maczko, Frank. “Charter of Rights: Section 13” (1982), *U.B.C. L. Rev.* (Charter ed.) 213.
- McCormick on Evidence*, vol. 1, 5th ed. by John W. Strong. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Paciocco, David M. “Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 433.
- Peck, Richard C. C. “The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 456.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 1464, 156 C.C.C. (3d) 17, [2001] Q.J. No. 2831 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1995] Q.J. No. 1147 (QL). Appeal allowed, L’Heureux-Dubé J. dissenting.

*Josée Ferrari*, for the appellant.

*Henri-Pierre Labrie* and *Michel Breton*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. — We are asked in this appeal to revisit our jurisprudence on the scope of the constitutional protection offered to a witness who subsequently becomes an accused, under s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5 [mod. 1997, ch. 18, art. 116].

#### Doctrine citée

- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa : La Commission, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. 16<sup>e</sup> Rapport. *Le jury*. Ottawa : La Commission, 1982.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXVI, 3<sup>e</sup> sess., 7<sup>e</sup> lég., 3 mars 1893, p. 1513 et 1515.
- Cross on Evidence*, 6th N.Z. ed. by Donald L. Mathieson. Wellington, N.Z. : Butterworths, 1997.
- Delisle, Ronald Joseph, and Don Stuart. *Evidence Principles and Problems*, 6th ed. Toronto : Carswell, 2001.
- Heydon, John Dyson. *Cross on Evidence*, 6th Australian ed. Sydney : Butterworths, 2000.
- Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London : Butterworths, 2000.
- Maczko, Frank. « Charter of Rights : Section 13 » (1982), *U.B.C. L. Rev.* (Charter ed.) 213.
- McCormick on Evidence*, vol. 1, 5th ed. by John W. Strong. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.
- Paciocco, David M. « Evidence About Guilt : Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof » (2001), 80 *R. du B. can.* 433.
- Peck, Richard C. C. « The Adversarial System : A Qualified Search for the Truth » (2001), 80 *R. du B. can.* 456.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1464, 156 C.C.C. (3d) 17, [2001] J.Q. n<sup>o</sup> 2831 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure, [1995] A.Q. n<sup>o</sup> 1147 (QL). Pourvoi accueilli, le juge L’Heureux-Dubé est dissidente.

*Josée Ferrari*, pour l’appelant.

*Henri-Pierre Labrie* et *Michel Breton*, pour l’intimé.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE ARBOUR — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit réexaminer sa jurisprudence sur l’étendue de la protection constitutionnelle que l’art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* offre à un témoin qui devient

particular this case calls for a determination of the state of the law after *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, and *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

2 The appellant was found guilty by a jury of first degree murder. In the evening of December 16, 1994, the body of a nine-year-old boy was found in a tunnel abutting on Stanley Street, in Magog. He had died of strangulation. A few hours earlier, the boy's mother had searched for her son before alerting the police; the young boy never returned home after a youth science club meeting. After a few days of investigation, the police arrested the appellant on December 20, 1994. The essence of the case against the appellant consisted of numerous incriminating statements that he made to the police in the days following the homicide. The appellant's defence was that his brother had killed the victim while he merely assisted in disposing of the body. The appellant testified at trial and denied any participation in the killing. He repudiated all his previous incriminating statements.

3 The appellant's brother Serge Noël had also been charged with that murder. He was tried separately and he was acquitted in June 1995. The appellant testified for the Crown both at the preliminary inquiry and at the trial of his brother. Although the appellant was called as a Crown witness, the Crown was eventually permitted to cross-examine him at his brother's trial. The cross-examination was lengthy and fruitful. The appellant admitted that his statements to the police were true, and he admitted having been his brother's accomplice in the murder of the little boy. In addition to the constitutional protection granted to him by s. 13 of the *Charter*, when the appellant testified at his brother's trial, he had asked for the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. That statutory protection was granted to him as was confirmed during the hearing by the appellant's counsel.

4 As I will elaborate below, I have come to the conclusion that s. 13 of the *Charter* must be

subséquemment un accusé. Nous devons tout particulièrement déterminer quel est l'état du droit depuis le prononcé des arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, et *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

Un jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré. Dans la soirée du 16 décembre 1994, le corps d'un jeune garçon de neuf ans a été découvert dans un tunnel donnant sur la rue Stanley, à Magog. L'enfant était mort étranglé. Quelques heures plus tôt, la mère avait cherché son fils avant d'alerter la police, le jeune garçon n'étant jamais retourné à la maison après une réunion d'un club de sciences pour les jeunes. La police a arrêté l'appelant le 20 décembre 1994, après quelques jours d'enquête. La preuve contre l'appelant se composait essentiellement de nombreuses déclarations incriminantes qu'il avait faites à la police dans les jours suivant l'homicide. Pour sa défense, il affirmait que c'était son frère qui avait tué la victime et qu'il l'avait simplement aidé à se débarrasser du corps. L'appelant a témoigné à son procès et a nié toute participation au meurtre. Il a désavoué toutes ses déclarations incriminantes antérieures.

Le frère de l'appelant, Serge Noël, a également été accusé de meurtre. Il a été jugé séparément et acquitté en juin 1995. L'appelant a témoigné pour la poursuite à l'enquête préliminaire et au procès de son frère. Même si l'appelant avait été assigné à titre de témoin à charge, le ministère public a par la suite été autorisé à le contre-interroger au cours du procès de son frère. Ce contre-interrogatoire fut long et utile. L'appelant a alors reconnu la véracité de ses déclarations antérieures à la police et admis sa complicité dans le meurtre du jeune garçon. Outre la protection constitutionnelle que lui accordait l'art. 13 de la *Charte*, l'appelant a demandé, lorsqu'il a témoigné au procès de son frère, la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Cette protection légale lui a été accordée, comme l'a confirmé l'avocat de l'appelant au cours de l'audition.

Pour les motifs que je vais exposer plus loin, j'arrive à la conclusion que l'art. 13 de la *Charte*

interpreted as follows: When an accused testifies at trial, he cannot be cross-examined on the basis of a prior testimony unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that his prior testimony could be used to incriminate him. The danger of incrimination will vary with the nature of the prior evidence and the circumstances of the case including the efficacy of an adequate instruction to the jury. When, as here, the prior evidence was highly incriminating, no limiting instruction to the jury could overcome the danger of incrimination and the cross-examination should not be permitted.

When the appellant eventually testified in his own trial, the Crown was permitted to cross-examine him at length on the incriminating statements he made during his brother's trial. That cross-examination was permitted on the authority of *Kuldip, supra*, which distinguishes between cross-examination aiming to incriminate, which is prohibited, and cross-examination aiming at challenging credibility, which is not. Here, the trial judge and the majority in the Court of Appeal held that the cross-examination was merely used to challenge the credibility of the appellant, who was now denying any participation in the murder, and not for the prohibited purpose of incriminating him. In my view, the majority of the Court of Appeal was in error in coming to that conclusion.

Fish J.A. dissented on that and on two other grounds. This appeal therefore comes to us as of right. I will return briefly to the two other grounds of appeal which arise from Fish J.A.'s dissent. In my view, the ground of appeal based on s. 13 of the *Charter* is dispositive in favour of the appellant, whose conviction must be set aside.

### I. The Trial

The appellant was tried by judge and jury. At the outset of his trial on October 17, 1995, a *voir dire* was held to determine the admissibility of certain incriminating statements made by the appellant to

doit recevoir l'interprétation suivante : l'accusé qui témoigne à son procès ne peut être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a rendu antérieurement, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur puisse être utilisé pour l'incriminer. Le risque d'incrimination variera selon la nature du témoignage antérieur et les circonstances de l'affaire, y compris l'efficacité de directives appropriées données au jury. Dans un cas où, comme en l'espèce, le témoignage antérieur était très incriminant, aucune directive restrictive donnée au jury ne saurait écarter le risque d'incrimination et le contre-interrogatoire ne devrait pas être autorisé.

Lorsque, par la suite, l'appellant a témoigné à son propre procès, le ministère public a été autorisé à le contre-interroger en détail sur les déclarations incriminantes qu'il avait faites lors du procès de son frère. Le tribunal a autorisé ce contre-interrogatoire en s'appuyant sur l'arrêt *Kuldip*, précité, qui a établi une distinction entre le fait de contre-interroger un accusé dans le but de l'incriminer, ce qui est interdit, et le fait de le contre-interroger dans le but d'attaquer sa crédibilité, ce qui est permis. En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel, à la majorité, ont conclu que le contre-interrogatoire visait simplement à attaquer la crédibilité de l'appellant, qui niait alors toute participation au meurtre, et n'avait pas été mené dans le but, interdit, de l'incriminer. À mon avis, cette conclusion majoritaire de la Cour d'appel est erronée.

Le juge Fish était dissident sur ce point et sur deux autres. Le pourvoi a donc été formé de plein droit. Je reviendrai succinctement sur les deux autres moyens d'appel tirés de la dissidence du juge Fish. À mon avis, l'argument fondé sur l'art. 13 de la *Charte* est déterminant et permet de trancher le pourvoi en faveur de l'appellant, dont la déclaration de culpabilité doit être annulée.

### I. Le procès

Le procès de l'appellant s'est déroulé devant un juge et un jury. Au début de son procès, le 17 octobre 1995, on a tenu un *voir-dire* sur l'admissibilité de certaines déclarations incriminantes que

5

6

7

the police, both prior to and after his arrest. The statements can be summarized as follows:

- On December 17, 1994, the appellant told a police officer that he spent the evening of December 16 with his brother, Serge Noël, at the latter's home.
- On December 18, 1994, the appellant told another police officer that on December 16 he watched movies at his brother's house from 6 p.m. onwards.
- On December 20, 1994, the appellant made the following statement at the police station: [TRANSLATION] "It's true, I did it, but I'm not alone in it."
- On December 20, 1994, the appellant signed an 18-page written statement at the police station, describing how he and his brother killed the victim.
- On December 21, 1994, at the police station, the appellant changed his previous version of events and specified that the crime was committed in his basement.
- On December 26, 1994, the appellant had a telephone conversation with a police officer. This conversation led to the discovery of a plastic bag containing some personal effects of the victim.
- On July 4, 1995, the appellant told a police officer that he held the victim's legs while his brother killed him.

The trial judge ruled that all of these statements were admissible into evidence. This ruling is not in issue before us.

8

Early in the trial, the trial judge ordered the assessment of the appellant's mental condition, pursuant to s. 672.11 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The defence had three expert witnesses testify as to the intellectual incapacity of the appellant, stating that he exhibited an I.Q. of 61 and that he could neither read nor write. The Crown's only expert witness, on the other hand, described

l'appelant avait faites à la police avant et après son arrestation. Voici un résumé de ces déclarations :

- Le 17 décembre 1994, l'appelant a dit à un agent de police qu'il avait passé la soirée du 16 décembre avec son frère, Serge Noël, à la maison de ce dernier.
- Le 18 décembre 1994, l'appelant a dit à un autre agent de police que, le 16 décembre, il avait regardé des films chez son frère à partir de 18 heures.
- Le 20 décembre 1994, l'appelant a fait la déclaration suivante au poste de police : « C'est vrai, je l'ai fait, mais je ne suis pas seul là-dedans. »
- Le 20 décembre 1994, l'appelant a signé une déclaration de 18 pages au poste de police, dans laquelle il décrivait comment son frère et lui avaient tué la victime.
- Le 21 décembre 1994, au poste de police, l'appelant a modifié sa version antérieure des faits et a précisé que le crime avait été commis dans son sous-sol.
- Le 26 décembre 1994, l'appelant a eu une conversation téléphonique avec un agent de police. Cette conversation a mené à la découverte d'un sac de plastique contenant des effets personnels de la victime.
- Le 4 juillet 1995, l'appelant a dit à un policier qu'il avait tenu les jambes de la victime pendant que son frère l'assassinait.

Le juge du procès a statué que toutes ces déclarations étaient admissibles en preuve. Cette décision n'est pas contestée en l'espèce.

Peu après le début du procès, le juge a ordonné l'évaluation de l'état mental de l'appelant en vertu de l'art. 672.11 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La défense a fait déposer trois témoins experts relativement à l'incapacité intellectuelle de l'appelant, qui ont affirmé que celui-ci avait un quotient intellectuel de 61 et qu'il ne savait ni lire ni écrire. Par contre, le seul témoin expert du ministère public

the appellant as “borderline” with an I.Q. of 75. On November 1, 1995, the appellant was found fit to stand trial and the proceedings continued.

The case for the Crown consisted essentially of the appellant’s statements to police and of the testimony of eyewitnesses to the effect that they saw the appellant and his brother loitering in the streets of Magog on the evening of December 16, 1994. The defence relied chiefly on the appellant’s testimony denying his involvement in the murder. The appellant claimed that it was his brother who committed the murder and that he merely helped him carry the body to the Stanley Street tunnel. The defence also argued that the incriminating statements made by the appellant were unreliable in light of his limited intellectual capacity and, in particular, his limited grasp of reasonably simple questions.

During his trial the appellant was cross-examined at length on the testimony he gave previously during the preliminary inquiry and trial of his brother Serge Noël. The transcript of the appellant’s cross-examination is 299 pages long. I note that, for approximately 250 of those 299 pages, the cross-examination of the appellant was centred around his prior testimony, much of which was incriminating. For the first 50 pages or so, the line of questioning was directed alternately to the appellant’s incriminating statements to the police and to his prior testimony at Serge Noël’s preliminary inquiry and trial. The remainder of the appellant’s cross-examination focussed almost exclusively on his testimony at his brother’s trial. Typically, Crown counsel would read excerpts from the transcript of the appellant’s prior testimony and, consistently, the appellant would repudiate his prior in-court statements, stating that he was in fact lying during his brother’s trial, claiming that his brother had threatened him and forced him to lie. Had the sole intent of the Crown been to discredit the appellant, it would have been sufficient to simply highlight these contradictions and repudiations. However, the Crown went further and, at various points in the cross-examination, attempted

a dit que l’appelant avait une intelligence « limite » ou « *borderline* », avec un quotient de 75. Le 1<sup>er</sup> novembre 1995, l’appelant a été jugé apte à subir son procès et l’instance a suivi son cours.

La preuve du ministère public était constituée principalement des déclarations que l’appelant avait faites à la police et de celles de témoins oculaires qui affirmaient avoir vu l’appelant et son frère flâner dans les rues de Magog le soir du 16 décembre 1994. La défense reposait principalement sur le témoignage de l’appelant, qui niait avoir participé au meurtre. L’appelant soutenait que c’était son frère qui avait commis le meurtre et qu’il l’avait simplement aidé à transporter le corps vers le tunnel de la rue Stanley. La défense alléguait également que les déclarations incriminantes faites par l’appelant n’étaient pas dignes de foi compte tenu de sa capacité intellectuelle limitée et, notamment, de sa compréhension limitée de questions relativement simples.

Au cours de son procès, l’appelant a été contre-interrogé en détail sur le témoignage qu’il avait rendu antérieurement à l’enquête préliminaire et au procès de son frère, Serge Noël. La transcription du contre-interrogatoire de l’appelant comporte 299 pages. Je constate que, dans 250 de ces 299 pages, le contre-interrogatoire de l’appelant est axé sur son témoignage antérieur, dont une bonne partie était incriminante. Dans les 50 premières pages, environ, les questions portaient alternativement sur les déclarations incriminantes que l’appelant avait faites à la police et sur son témoignage antérieur lors de l’enquête préliminaire et du procès de Serge Noël. Dans le reste du contre-interrogatoire, les questions portaient presque exclusivement sur le témoignage rendu par l’appelant au procès de son frère. En général, le substitut du procureur général lisait des extraits de la transcription du témoignage antérieur de l’appelant et, chaque fois, l’appelant désavouait ses déclarations judiciaires antérieures, en affirmant avoir menti lors du procès de son frère et en clamant que son frère l’avait menacé et forcé à mentir. Si son seul but était de discréditer l’appelant, le ministère public aurait pu se contenter de faire ressortir ces contradictions et ces désaveux. Or, le ministère public est allé plus loin et

9

10

to get the appellant to adopt the incriminating portions of his prior testimony. For example:

[TRANSLATION]

Q. I am going to ask you the same question again, Mr. Noël. In the last ten (10) minutes, I have been telling you what you told the jury, about your own and Serge's involvement. So that this is clear, you were waiting for him at the corner by the Gilbert convenience store, you followed him as far as the karate school, he was afraid of you, his mother had talked to him about you. He took off with Serge, you followed them on St-Luc going toward the tunnel. You stopped when you reached the tunnel and they kept going toward the skating rink. You stayed there for a short while and then went home. Serge came back to pick up the hockey stick in your basement and went back to the skating rink. He told you that he had struck Eric on the head twice (2) with the hockey stick. He brought him back to your place. That's where we had got to. You were asked here, that testimony, was it the truth? I am asking you this today, and you have your hand on the Bible.

A. That's what he told me.

Q. Okay. So, on that day, June 13, 1995, when the lawyer Mr. Côté asked you:

“Q. The testimony you have given, Mr. Noël, from when His Honour asked everyone to leave the room, is that the whole truth?”

That is referring to what I just read. You replied:

“A. Yes, it's the whole truth.

Q. It's the real, genuine truth?

A. I didn't put my hand on the Bible for nothing, eh! If I hadn't put it on the Bible, I wouldn't have told the truth.”

So, Mr. Noël, when was it the truth? On June 9 when you had taken an oath or today?

Again, at another point in the cross-examination:

[TRANSLATION]

Q. So I am asking you:

a tenté, à divers moments du contre-interrogatoire, d'amener l'appelant à réitérer les parties incriminantes de son témoignage antérieur. En voici un exemple :

Q. Je vais vous reposer la même question, monsieur Noël. Dans les dix (10) dernières minutes je vous ai relaté ce que vous disiez devant le jury, votre participation à vous et celle de Serge. Pour que ce soit clair, vous l'attendiez au coin du dépanneur Gilbert, vous l'avez suivi jusqu'à l'école de karaté, y'avait peur de vous, sa mère y'avait parlé de vous. Y'est parti avec Serge, vous les avez suivis sur la St-Luc en direction du tunnel. Au tunnel vous avez arrêté là, y'ont continué vers la patinoire. Vous êtes resté là un petit peu et vous êtes allé chez vous. Serge est revenu chercher le bâton de hockey dans le sous-sol chez vous, y'est retourné à la patinoire. Il vous a dit qu'il avait donné deux (2) coups de hockey sur la tête à Éric. Il l'a ramené chez vous. On était rendu là. Ça, on vous a demandé ici ce témoignage là, là, est-ce que c'était ça la vérité? Je vous le demande aujourd'hui puis là, vous avez la main sur la Bible.

R. C'est qu'est-ce que lui il m'a dit.

Q. O.K. Alors, cette journée-là, le treize (13) juin quatre-vingt-quinze ('95), quand l'avocat Côté vous demande :

« Q. Votre témoignage que vous avez rendu, monsieur Noël, depuis que Monsieur le juge a demandé à tout le monde de sortir de la salle, c'est tu toute la vérité ça? »

Ça fait référence à ce que je viens de lire ça. Votre réponse :

« R. Oui, c'est toute la vérité.

Q. C'est la vraie, vraie vérité ça?

R. J'ai pas mis la main pour rien sur la Bible, hein! Si je l'aurais pas mise sur la Bible j'aurais pas dit la vérité. »

Alors, monsieur Noël, c'était quand la vérité? Le neuf (9) juin quand vous aviez prêté serment ou aujourd'hui?

De même, à un autre moment du contre-interrogatoire :

Q. Là, je vous pose la question :

“Q. So then, what’s going on?”

What I mean is, just before, I asked you:

“Q. Did he [Éric] tell Serge something: I don’t want to see him.

A. No.

Q. What did he do?

A. The little guy said that he wanted to leave and go see his mother.”

Do you recall having said that to the members of the jury?

A. It’s very possible.

Q. It’s very possible, eh! Okay.

There are many more such examples, many of which have been quoted in the dissenting reasons of Fish J.A. It is not necessary to reproduce them here. Reading the transcript as a whole, however, I can only conclude, as did Fish J.A., that the cross-examination was illegally aimed at incriminating the appellant and not only at testing his credibility.

Another particularly improper feature of this cross-examination is the fact that the jury was presented with the contents of a surreptitiously recorded jailhouse conversation between the appellant and two inmates named Carbone and Montminy. According to the appellant, Carbone encouraged him to describe how the crime was committed from the viewpoint of his brother Serge.

[TRANSLATION]

A. Mario Carbone, he told me, he said: “Put yourself in your brother’s shoes.” He said: “Tell me how it happened.”

. . .

Q. Okay. So then, what did you tell Mario Carbone?

A. Well, he asked me what had happened to the kid.

Q. And what did you tell him?

A. That’s what I told him, that my brother had killed him . . . that he had killed the kid.

« Q. Fait que là, qu’est-ce qui se passe? »

C’est-à-dire, juste un peu avant puis là, je vous demande :

« Q. [Éric] Y’a tu dit quelque chose à Serge : Je veux pas le voir, lui.

R. Non.

Q. Il fait quoi?

R. Le petit gars y’a dit qu’il voulait s’en aller puis il voulait aller voir sa mère. »

Vous vous souvenez avoir dit ça aux membres du jury?

R. C’est fort possible.

Q. C’est fort possible, hein! O.K.

Il existe de nombreux autres exemples, dont bon nombre ont été cités par le juge Fish dans ses motifs de dissidence. Il n’est pas utile de les reproduire ici. Toutefois, à la lecture de l’ensemble de la transcription, je n’ai d’autre choix que de conclure, à l’instar du juge Fish, que le contre-interrogatoire visait illégalement à incriminer l’appellant et pas seulement à jauger sa crédibilité.

Le contre-interrogatoire comporte un autre élément particulièrement irrégulier, soit le fait que l’on a porté à la connaissance du jury le contenu d’une conversation enregistrée clandestinement dans une prison entre l’appellant et deux détenus dénommés Carbone et Montminy. Selon l’appellant, Carbone l’a incité à lui décrire la perpétration du crime en se mettant dans la peau de son frère Serge.

R. Mario Carbone, il me dit à moi, il dit : « Mets-toi dans la peau de ton frère ». Il dit : « Explique-moi comment que ça s’est déroulé. »

. . .

Q. O.K. Ça fait que là, qu’est-ce que vous lui avez raconté à Mario Carbone?

R. Bien, il m’a demandé qu’est-ce qui s’avait passé avec le jeune.

Q. Puis là, qu’est-ce que vous lui avez raconté?

R. C’est ça que je lui ai dit, que mon frère il avait tué . . . il avait tué le jeune.

At this point, the cross-examination became extremely convoluted and difficult to follow. The Crown cross-examined the appellant by reading excerpts of the transcript of Serge Noël's trial during which the appellant was being questioned about that conversation with Carbone and Montminy. During his brother's trial, defence counsel had played the audio-tape of the jailhouse conversation and had questioned the appellant as to its contents. In other words, in this case, the jury was asked to follow and make sense of a cross-examination about a cross-examination about a tape-recorded conversation during which the appellant described the crime, not from his own perspective, according to him, but from his brother's.

12

The Crown claims that the purpose of this was to discredit the appellant by showing the contradictions between his testimony at his brother's trial and at his own. The trial judge instructed the jury that it could not look to the jailhouse conversation for the truth of its contents but only for the purpose of assessing the appellant's credibility. However, in my view, the Crown clearly attempted to rely on the previous testimony on the jailhouse conversation to establish the guilt of the appellant. For example:

[TRANSLATION]

Q. And then he asked you the question we hear on the tape: "Was there anyone who heard noise in the basement?" On the tape, we hear: "Yes, my brother." Then he asked you the question:

"Q. That's right?

A. That's right."

Q. Next question: "Your brother who?" Answer: "Serge"

. . . .

So, Mr. Noël, it was your brother who was upstairs and who heard the noise in the basement?

A. It was me who was upstairs and he was in the basement. It was the exact opposite of what I said.

À ce moment, le contre-interrogatoire devient extrêmement compliqué et difficile à suivre. Le ministère public a contre-interrogé l'appelant en lisant des extraits de la transcription du procès de Serge Noël, dans lesquels l'appelant répondait à des questions sur la conversation qu'il avait eue avec Carbone et Montminy. Au cours du procès du frère de l'appelant, l'avocat de la défense avait fait jouer la bande de la conversation enregistrée en prison et avait interrogé l'appelant sur le contenu de cet enregistrement. En d'autres termes, en l'espèce, on demandait au jury de suivre et d'arriver à comprendre le déroulement d'un contre-interrogatoire relatif à un contre-interrogatoire sur une conversation enregistrée au cours de laquelle l'appelant avait décrit le crime, non pas, selon lui, de son propre point de vue, mais de celui de son frère.

Le ministère public affirme qu'il voulait ainsi discréditer l'appelant en faisant ressortir les contradictions entre les témoignages qu'il avait offerts au procès de son frère et à son propre procès. Le juge du procès a expliqué au jury qu'il ne pouvait pas considérer la conversation enregistrée en prison comme une preuve de la véracité de son contenu, mais qu'il pouvait en tenir compte seulement pour apprécier la crédibilité de l'appelant. Je crois néanmoins qu'il est clair que le ministère public a tenté de se servir du témoignage antérieur sur la conversation survenue en prison pour établir la culpabilité de l'appelant, tel qu'en témoigne notamment l'extrait suivant :

Q. Et là, il vous pose la question qu'on entend sur la cassette : « Il y a-tu quelqu'un qui a entendu du bruit dans la cave? » Sur la cassette, on entend : « Oui, mon frère. » Là, il vous pose la question :

« Q. C'est ça?

R. C'est ça. »

Q. Question suivante : « Ton frère qui? » Réponse : « Serge »

. . . .

Alors, monsieur Noël, c'était votre frère qui, qui était en haut puis qui a entendu le bruit dans la cave?

R. C'est moi qui étais en haut puis lui, il était dans la cave. Tout à l'inverse de qu'est-ce que j'ai dit.

Q. Fine. It was the exact opposite. Except that Mario Carbone then asked you: “Did anyone hear noise in the basement?” On the tape, we hear: “Yes, my brother.” Your brother who? Answer: “Serge.”

Then Mr. Côté looked at you and asked you:

“Q. That’s right?

A. That’s right.”

That is in fact what you said on June 9? [at Serge’s trial]

A. Yes. That’s because he asked me to put myself in my brother’s shoes.

Q. Fine. He told you to put yourself in your brother’s shoes?

A. Yes.

Q. But he asked you: “Your brother who?” And you answered: “Serge.”

A. Yes. He didn’t want me to say my name. He kept wanting me to call myself . . .

Q. Okay.

A. . . . Serge while I was talking.

Q. But do you agree with me that if Serge had been the one talking on the tape, he would have said: “Who was waiting for you upstairs?” You would have said: “It was Camille.”

Without calling either Carbone or Montminy to testify at the appellant’s trial, the Crown improperly introduced this evidence as part of its case “in a manner that cannot be properly described as cross-examination as to credibility — or, for that matter, as cross-examination *of any sort*” (reasons of Fish J.A. (2001), 156 C.C.C. (3d) 17, at para. 186 (emphasis in original)). One has to wonder how even the most alert and astute jurors could have made sense of such a complicated and intricate juxtaposition of testimonies. The only thing that emerged clearly was the attempt by the Crown to put yet another incriminating statement before the jury.

Q. Parfait. C’était tout l’inverse. Sauf que là, Mario Carbone t’as demandé, il vous a demandé : « Il y a-tu quelqu’un qui a entendu du bruit dans la cave? » Sur la cassette on entend : « Oui, mon frère. » Ton frère qui? Réponse : « Serge ».

Là, maître Côté vous a regardé puis il vous a demandé :

« Q. C’est ça?

R. C’est ça. »

C’est bien ce que vous avez dit le neuf (9) juin? [au procès de Serge]

R. Oui. C’est parce qu’il m’a dit de me mettre dans la peau de mon frère.

Q. Parfait. Il vous a dit de vous mettre dans la peau de votre frère?

R. Oui.

Q. Mais il vous a demandé : « Ton frère qui? » Puis ça a été votre réponse : « Serge ».

R. Oui. Lui, il ne voulait pas que je dise mon nom. Il voulait tout le temps que je m’appelle . . .

Q. O.K.

R. . . . Serge quand je parlais.

Q. Mais vous êtes d’accord avec moi que si c’est Serge qui aurait parlé sur la cassette, il aurait dit : « Qui t’attendait en haut »? Vous auriez dit : « C’est Camille. »

Sans assigner ni Carbone ni Montminy à témoigner au procès de l’appelant, le ministère public a produit irrégulièrement ce témoignage comme preuve à charge [TRADUCTION] « d’une façon que l’on ne peut véritablement décrire comme un contre-interrogatoire touchant la crédibilité — ni même, d’ailleurs, comme un contre-interrogatoire *de quelque nature que ce soit* » (motifs du juge Fish, [2001] R.J.Q. 1464, par. 186 (en italique dans l’original)). Il faut se demander comment même le juré le plus vif d’esprit et le plus perspicace aurait pu arriver à comprendre une juxtaposition de témoignages aussi complexe et aussi subtile. Seule se dégage clairement la tentative par le ministère public de porter encore une autre déclaration incriminante à la connaissance du jury.

II. The Quebec Court of Appeal (2001), 156 C.C.C. (3d) 17

13

The appellant appealed the verdict on five grounds, all of which were rejected by the majority of the court, constituted by Proulx and Chamberland J.J.A. Essentially, the majority was of the view that: (1) the trial judge did not err in allowing rebuttal evidence to be adduced during the *voir dire* on the admissibility of the appellant's statements to the police; (2) the trial judge did not err in ruling that these incriminating statements of the appellant were admissible; (3) the cross-examination was properly conducted and was exclusively aimed at discrediting the appellant; (4) while imperfect, the charge to the jury was in substantial compliance with the principles in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, and the decisions rendered in its wake; (5) the trial judge did not err in failing to charge the jury on the expert evidence since it did not go to the heart of this case, namely the credibility of the appellant.

14

Fish J.A. dissented on three of the five grounds discussed above. First, in the opinion of Fish J.A., the jury charge improperly explained the notion of reasonable doubt and, read as a whole, gave rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof. Second, the trial judge should have given instructions with regards to the expert evidence relating to the appellant's I.Q. According to Fish J.A., the appellant's damaging admissions and contradictions could, in light of the experts' evidence, have been attributable to his intellectual limitations and assist the jurors in assessing his credibility. Finally, Fish J.A. was of the view that the cross-examination of the appellant on his prior testimony was irregular and contrary to s. 13 of the *Charter* insofar as it was used for the truth of its contents and not, as permitted by *Kuldip*, to attack the credibility of the appellant. For these reasons, Fish J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial.

II. La Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1464

L'appellant a fondé son appel du verdict sur cinq motifs, qui ont tous été rejetés par les juges majoritaires de la Cour d'appel, soit les juges Proulx et Chamberland. Ils étaient essentiellement d'avis que : (1) le juge du procès n'a pas commis d'erreur en permettant la présentation d'une contre-preuve lors du voir-dire sur l'admissibilité des déclarations de l'appellant à la police; (2) le juge du procès n'a pas commis d'erreur en décidant que ces déclarations incriminantes de l'appellant étaient admissibles; (3) le contre-interrogatoire a été mené régulièrement et visait exclusivement à discréditer l'appellant; (4) bien qu'imparfaites, les directives données au jury étaient conformes, pour l'essentiel, aux principes exposés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, et les décisions qui l'ont suivi; (5) le juge du procès n'a pas commis d'erreur en omettant de donner des directives au jury concernant la preuve d'expert puisque celle-ci ne touchait pas le cœur de l'affaire, savoir la crédibilité de l'appellant.

Le juge Fish a exprimé sa dissidence relativement à trois des cinq motifs susmentionnés. Premièrement, à son avis, l'exposé au jury expliquait de façon erronée la notion du doute raisonnable et, considéré dans son ensemble, soulevait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Deuxièmement, le juge du procès aurait dû donner au jury des directives relativement à la preuve d'expert concernant le quotient intellectuel de l'appellant. D'après le juge Fish, les contradictions et les aveux compromettants de l'appellant auraient pu, à la lumière du témoignage des experts, être attribués à ses limites intellectuelles et, ainsi, la preuve d'expert aurait pu aider les jurés à apprécier la crédibilité de l'appellant. Enfin, le juge Fish était d'avis que le contre-interrogatoire de l'appellant relativement à son témoignage antérieur était irrégulier et contraire à l'art. 13 de la *Charte* dans la mesure où il avait été utilisé pour établir la véracité de son contenu et non, comme le permet l'arrêt *Kuldip*, pour attaquer la crédibilité de l'appellant. Pour ces motifs, le juge Fish aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

### III. Issues

On appeal to this Court, the appellant raises the same grounds that formed the basis of Fish J.A.'s dissent. In particular: (1) whether the trial judge erred in charging the jury on the burden of proof and reasonable doubt; (2) whether the trial judge erred in failing to provide any instruction with regard to the expert evidence; and (3) whether the cross-examination of the appellant was irregular and contrary to s. 13 of the *Charter*. I will address each of these issues in reverse order.

### IV. Relevant Statutory Provisions

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

#### *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

### V. Analysis

#### A. *Kuldip and the Right Against Self-Incrimination*

##### 1. Introduction

This case is different from *Kuldip*, *supra*, in several respects. For one thing, the appellant here

### III. Les questions en litige

Dans le présent pourvoi, l'appelant soulève les mêmes motifs que ceux sur lesquels repose la dissidence du juge Fish. Il demande tout particulièrement à notre Cour de déterminer : (1) si le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury sur le fardeau de preuve et sur le doute raisonnable; (2) si le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner des directives sur la preuve d'expert; et (3) si le contre-interrogatoire de l'appelant était irrégulier et contraire à l'art. 13 de la *Charte*. J'examinerai chacune de ces questions à tour de rôle en commençant par la dernière.

### IV. Les dispositions législatives pertinentes

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

#### *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

### V. Analyse

#### A. *L'arrêt Kuldip et le droit de ne pas s'incriminer*

##### 1. Introduction

Le présent pourvoi diffère de l'arrêt *Kuldip*, précité, à plusieurs égards. D'une part, l'appelant en

15

16

17

invoked the protection of the *Canada Evidence Act* when he first testified. This is the first case that comes before us where both s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* are at play together. Moreover, the evidence given by the appellant in his first testimony was clearly incriminating, and his cross-examination at his own trial exposed the incriminating statements that he made under oath in relation to the very charge that he now faced. By contrast, in *Kuldip*, the cross-examination referred to statements made by the accused at his first trial that were exculpatory when they were made, but could now be proven false and therefore damaging to his credibility. In order to determine whether *Kuldip* was intended to and should be applied in the circumstances of this case, we must assess whether these differences are significant.

18

The majority of the Court of Appeal was content to invoke the classic distinction between a permissible and a prohibited use of the same evidence, and to rely on clear instructions to the jury to ensure that the distinction is understood and followed. No one denies that the distinction between the two possible aims or uses of cross-examination is a tenuous one when the cross-examination is of an accused in a criminal case. Indeed, this was explicitly recognized by the majority in the Court of Appeal in this case as it had been by Lamer C.J. writing for the majority in *Kuldip*. He said, at p. 635:

This seems an appropriate time at which to mention that I share Martin J.A.'s concern that it is sometimes difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. A trial judge will have to be very clear in his or her instructions to the jury when setting out the uses to which previous testimony can be put and the uses to which such testimony must not be put. While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction.

l'espèce a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lors de son témoignage initial. C'est la première fois que nous entendons un pourvoi touchant l'application à la fois de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*. Par ailleurs, la preuve présentée par l'appelant lors de son premier témoignage était clairement incriminante et son contre-interrogatoire lors de son propre procès exposait les déclarations incriminantes qu'il avait faites sous serment relativement à l'accusation même qui pesait contre lui. Or, dans l'affaire *Kuldip*, le contre-interrogatoire faisait allusion à des déclarations que l'accusé avaient faites lors de son premier procès et qui étaient disculpatoires au moment où elles avaient été formulées, mais dont la fausseté pouvait maintenant être établie, ce qui compromettait la crédibilité de l'accusé. Pour déterminer si l'arrêt *Kuldip* était censé et devrait s'appliquer dans les circonstances de l'espèce, nous devons maintenant apprécier l'importance de ces différences.

En Cour d'appel, la majorité s'est contentée de parler de la distinction classique entre une utilisation permise et une utilisation interdite des mêmes éléments de preuve et de s'en remettre à la clarté des directives données au jury pour garantir qu'il avait compris et appliqué cette distinction. Personne ne nie qu'il existe une distinction ténue entre les deux buts ou utilisations possibles du contre-interrogatoire d'un accusé dans une affaire criminelle. En fait, la majorité en Cour d'appel l'a explicitement reconnu en l'espèce, à l'instar du juge en chef Lamer s'exprimant au nom de la majorité dans *Kuldip*, à la p. 635 :

Le moment me semble opportun pour souligner que je partage la préoccupation du juge Martin : il est parfois difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le juge du procès devra donner des directives très claires au jury au moment de décrire ce que ce dernier peut faire et ce qu'il ne doit pas faire d'un témoignage antérieur. Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas en être trop embarrassé.

This same concern was well expressed by Fish J.A. in his dissenting opinion in the present case, at paras. 169 and 173-74:

Even for those trained in the law, the use in cross-examination of evidence obtained from the accused as a witness in other proceedings involves a firm grasp of a subtle distinction in theory that is often difficult to apply in practice. This case, as we shall see, demonstrates that the danger of misapplication is not just hypothetical, but real.

... this is one of the rare cases where the record *establishes* that the jury did not distinguish in its deliberations between the use of appellant's prior evidence to impugn his credibility and its probative effect on his guilt. After deliberating for approximately five hours, the jury sent the judge this question:

[TRANSLATION] Your Lordship, the jury would like to know if Camille Noël left Serge and Éric Arpin at the karate school at the corner of St-Luc and St-Patrice and went to his (Camille's) house and saw Éric again after he was dead and carried him into the tunnel, would Mr. Camille Noël, under s. 21(b), be a party to the offences and therefore guilty of first degree murder?

As the trial judge noted, this question pre-supposed "facts" that were not in evidence. The question thus demonstrated, incontrovertibly in my view, that despite the judge's instructions, the jury had failed to grasp the distinction it was bound by *Kuldip* to apply. [Emphasis in original.]

This difficulty became, in my opinion, insurmountable in this case. Like Fish J.A., I conclude that the risk of misuse of the incriminating evidence given by the appellant at his brother's trial, when it was introduced against him at his own trial purportedly to challenge his credibility, was overwhelming and could not have been alleviated by any instructions. In my view, this use is not permitted by s. 13 of the *Charter*.

Le juge Fish, dans ses motifs dissidents en l'espèce, a bien exprimé cette même préoccupation, aux par. 169 et 173-174 :

[TRADUCTION] Même pour les personnes ayant une formation juridique, l'utilisation au cours d'un contre-interrogatoire d'éléments de preuve obtenus de l'accusé à titre de témoin dans une autre procédure nécessite une solide connaissance d'une distinction théorique subtile qui est souvent difficile à appliquer en pratique. Comme nous le verrons, la présente affaire démontre que le risque d'une mauvaise application n'est pas seulement hypothétique, mais réel.

... c'est l'un des rares cas où le dossier *établit* que le jury n'a pas fait de distinction dans ses délibérations entre l'utilisation du témoignage antérieur de l'appelant pour attaquer la crédibilité de celui-ci et la valeur probante de ce témoignage quant à la culpabilité. Après avoir délibéré pendant environ cinq heures, le jury a acheminé la question suivante au juge :

Monsieur le juge, le jury aimerait savoir si Camille Noël a quitté Serge et Éric Arpin à l'école de karaté au coin de St-Luc et St-Patrice et est allé chez lui (Camille) et a revu Éric après sa mort et l'a transporté dans le tunnel. Alors, monsieur Camille Noël, selon l'article 21B), serait-il retenu comme ayant été participant aux infractions et donc passible de meurtre au premier degré?

Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, cette question présupposait l'existence de « faits » qui ne faisaient pas partie de la preuve. À mon avis, cette question démontrait inéluctablement que, malgré les directives du juge, le jury n'avait pas saisi la distinction que l'arrêt *Kuldip* l'obligeait à appliquer. [En italique dans l'original.]

À mon avis, cette difficulté est devenue insurmountable en l'espèce. À l'instar du juge Fish, je conclus qu'il existe un immense risque d'utilisation abusive du témoignage incriminant rendu par l'appelant au procès de son frère, puis déposé en preuve contre lui à son propre procès censément pour attaquer sa crédibilité, et que ce risque ne pouvait être atténué par quelque directive que ce soit. À mon avis, l'art. 13 de la *Charte* ne permet pas pareille utilisation du témoignage.

2. Section 5 of the *Canada Evidence Act* and Section 13 of the *Charter*

21

Section 13 reflects a long-standing form of statutory protection against compulsory self-incrimination in Canadian law, and is best understood by reference to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Like the statutory protection, the constitutional one represents what Fish J.A. called a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. If the evidence proffered is less than full and frank, the witness is subject to prosecution for perjury or for the related offence of giving contradictory testimony. In the United States, a different arrangement is in place: faced with the prospect of self-incrimination, the witness can claim the Fifth Amendment, and refuse to provide the incriminating answer. The state then has to dispense with his evidence altogether. As the United States Supreme Court stated in *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), at pp. 7-8: “[T]he American system of criminal prosecution is accusatorial, not inquisitorial, and . . . the Fifth Amendment privilege is its essential mainstay. . . . Governments, state and federal, are thus constitutionally compelled to establish guilt by evidence independently and freely secured, and may not by coercion prove a charge against an accused out of his own mouth.” See generally *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 1, at pp. 450-518.

22

Under the regime of the *Canada Evidence Act*, and now also under the *Charter*, a different bargain is struck. When a witness provides evidence in any proceeding, whether voluntarily or under legal compulsion, he or she cannot refuse to answer a question that may tend to incriminate the witness, but is offered protection against the subsequent use of that evidence. The question before us is the extent of that protection. To answer that question, it is important

2. L’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l’article 13 de la *Charte*

L’article 13 incorpore une protection légale contre l’auto-incrimination forcée établie de longue date en droit canadien, et la meilleure façon de l’interpréter est de l’examiner en regard de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. À l’instar de la protection légale, la protection constitutionnelle représente ce que le juge Fish a qualifié de *quid pro quo*, ou contrepartie : lorsqu’un témoin contraint de déposer au cours d’une procédure judiciaire risque de s’auto-incriminer, l’État lui offre une protection contre l’utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. Si son témoignage n’est pas vraiment complet et sincère, le témoin peut être poursuivi pour parjure ou pour l’infraction connexe de témoignages contradictoires. Aux États-Unis, les choses se passent différemment : lorsqu’il risque de s’auto-incriminer, le témoin peut réclamer la protection du Cinquième amendement et refuser de fournir une réponse incriminante. L’État doit alors renoncer complètement à son témoignage. Comme la Cour suprême des États-Unis l’a affirmé dans l’arrêt *Malloy c. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), p. 7 et 8 : [TRADUCTION] « [L]e système américain de poursuites criminelles est un système accusatoire, et non de type inquisitoire, et [. . .] le Cinquième amendement en constitue le pivot essentiel. [. . .] Les administrations étatiques et fédérale sont donc forcées par la Constitution d’établir la culpabilité d’une personne au moyen d’une preuve obtenue de façon libre et indépendante; elles ne peuvent avoir recours à la contrainte pour prouver qu’un accusé a commis une infraction en utilisant des déclarations qu’il a lui-même faites. » Voir généralement *McCormick on Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1999), vol. 1, p. 450 à 518.

Sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*, et maintenant également en vertu de la *Charte*, un marché différent est conclu. Lorsqu’une personne témoigne dans une procédure, que ce soit volontairement ou par suite d’une contrainte légale, elle ne peut refuser de répondre à une question susceptible de l’incriminer, mais elle bénéficie d’une protection contre l’utilisation subséquente de ce témoignage. Notre Cour doit en l’espèce déterminer quelle est

to remember its root in the *quid pro quo*. The witness, now accused, gave something in exchange for the protection. This is what makes a statement given in a judicial proceeding different from a statement to a person in authority, which is governed by rules of admissibility that are relevant to the special concerns related to that type of statement, and also different from all other out-of-court declarations and admissions.

McIntyre J., in his dissenting opinion in *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350, referred to that important purpose of s. 13 as follows, at p. 384:

There is a social interest in encouraging people to come forward to give evidence, not only in court but on other occasions in the tribunals and proceedings referred to above. That interest is not served where witnesses in testifying expose themselves to the danger of self-incrimination because of such testimony. It is suggested that it was a recognition of this fact, together with a recognition of the inadequacy of the law relating to self-incrimination and the inadequacy of provincial powers in this respect that caused the framers of the *Charter* to include the very greatly strengthened *Charter* provisions relating to self-incrimination.

This *quid pro quo* under which witnesses lost their important common law right to refuse to incriminate themselves in exchange for a use immunity attached to their compelled answers to incriminating questions is of course not a form of contract with an individual witness but a rule of public law under which the erosion of the privilege against self-incrimination is compensated by appropriate safeguards. If one were to pursue a contract analogy, as my colleague Justice L'Heureux-Dubé suggests I do, the remedy for the "breach" is provided for in the "contract": the witness may be prosecuted for perjury or for the offence of giving contradictory evidence. More appropriately, I would suggest, s. 5 is a rule of public law which contemplates the possibility of an untruthful witness and which provides the appropriate response to such an eventuality by withdrawing the protection to the explicit extent provided for in the section. In that sense at least the protection is not absolute.

l'étendue de cette protection. Pour répondre à cette question, il importe de rappeler qu'il s'agit à l'origine d'une contrepartie. Le témoin, qui est maintenant accusé, a donné quelque chose en échange de la protection. C'est ce qui distingue une déclaration faite dans le contexte d'une procédure judiciaire de tous les types de déclarations et d'aveux extrajudiciaires, et notamment d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité, régie par des règles d'admissibilité qui sont pertinentes aux préoccupations particulières que soulève ce type de déclaration.

Dans l'arrêt *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, le juge McIntyre, dissident, a parlé de cet objectif important de l'art. 13, à la p. 384 :

Il est dans l'intérêt de la société d'encourager les gens à venir témoigner, non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais à d'autres occasions devant les tribunaux administratifs et dans les procédures susmentionnées. Cet intérêt n'est pas servi si, en témoignant, on court le risque de s'incriminer soi-même. On laisse entendre que c'est la reconnaissance de ce fait ainsi que des lacunes du droit relatif à l'auto-incrimination et de l'insuffisance des pouvoirs provinciaux dans ce domaine qui a amené les rédacteurs de la *Charte* à y inclure des dispositions de beaucoup renforcées en ce qui concerne l'auto-incrimination.

L'attribution d'une contrepartie selon laquelle le témoin perd le droit important de ne pas s'incriminer que lui reconnaît la common law en échange d'une immunité contre l'utilisation des réponses qu'il est contraint de fournir à des questions incriminantes ne constitue évidemment pas une forme de contrat conclu avec un témoin en particulier, mais bien une règle de droit public voulant que l'érosion du privilège de ne pas s'incriminer soit contrebalancée par des garanties appropriées. Si l'on pousse plus loin l'analogie avec un contrat, comme le propose ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, la réparation en cas de « manquement » est prévue dans le « contrat » : le témoin peut être poursuivi pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Selon moi, il convient davantage de dire que l'art. 5 est une règle de droit public qui, d'une part, prévoit la possibilité qu'un témoin mente et qui, d'autre part, fournit une solution convenable pour faire face à une telle éventualité, c'est-à-dire le retrait de la protection dans les limites expressément fixées par cette disposition. En ce sens du moins, la protection accordée n'est pas absolue.

23

24

25

I should also add that neither under s. 5 of the *Canada Evidence Act* nor under the *Charter* is there any reason, in my view, to draw a distinction between evidence given under compulsion and evidence given voluntarily, even when the evidence is voluntarily given by an accused who waives his non-compellability and testifies in his own trial. This is made clear by the language of s. 5, and by the rationale behind both provisions. When the witness is on the stand, whether under subpoena or not, the witness is required to answer all relevant questions put to him. He may only object to answering any question that may incriminate him and seek protection. The bargain is engaged when the jeopardy arises. The protection is given in exchange for the answer. It then becomes apparent that in keeping with the *quid pro quo* which lies at the heart of s. 13, the state should not be permitted to introduce as part of its case an incriminating statement made by the accused in another proceeding, even if that “other proceeding” was his previous trial for the same offence (see *Dubois, supra*); nor should the state be permitted to introduce, in cross-examination, for the purpose of “incriminating” the accused, an innocuous statement that the accused made while a witness in another proceeding (see *Mannion, supra*).

26

It is on that authority that this Court concluded in *Kuldip, supra*, that the use of a previous testimony to challenge the credibility of an accused who testifies in his own trial does not infringe s. 13 because it is not used to “incriminate” the accused and is therefore not a violation of the *quid pro quo*. If anything, the limited use of the prior testimony is thought to be more akin to the lifting of the protection when the witness is untruthful. Just as there is no protection against a charge of perjury or for giving contradictory evidence, the assumption is that there is no protection if the sole purpose of the subsequent use is to demonstrate untruthfulness, while not violating the bargain that the testimony will not be used to incriminate.

Je tiens aussi à ajouter qu’à mon avis, rien ne justifierait, sous le régime de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ou de la *Charte*, qu’on établisse une distinction entre le témoignage que le témoin a été contraint de rendre et celui qu’il a offert de son plein gré, même s’il s’agit d’un accusé qui a renoncé à son droit de ne pas être contraint de témoigner et qui a témoigné volontairement à son procès. C’est ce qui ressort clairement du libellé de l’art. 5 ainsi que du fondement des deux dispositions. Qu’il ait été assigné à témoigner ou non, le témoin est tenu de répondre à toutes les questions pertinentes qui lui sont posées à l’audience. Il ne peut rien faire, si ce n’est s’opposer à une question susceptible de l’incriminer et demander la protection prévue. Le marché est conclu au moment où le risque surgit. La protection est accordée en échange de la réponse. Il devient alors évident que, conformément à la contrepartie qui constitue un élément essentiel de l’art. 13, l’État ne devrait pas être autorisé à produire en preuve une déclaration incriminante faite par l’accusé dans une autre procédure, même si cette « autr[e] procédur[e] » est un procès antérieur qu’il a subi relativement à la même infraction (voir *Dubois*, précité); lorsqu’il contre-interroge l’accusé, l’État ne devrait pas non plus être autorisé à produire, dans le but de l’« incriminer », une déclaration anodine que l’accusé a faite lors de son témoignage dans une autre procédure (*Mannion*, précité).

C’est en se fondant sur cette thèse que notre Cour a conclu dans l’arrêt *Kuldip*, précité, que l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité d’un accusé qui témoigne au cours de son procès ne contrevient pas à l’art. 13 parce que cette utilisation ne vise pas à « incriminer » l’accusé et ne constitue donc pas une violation du principe de la contrepartie. On considère plutôt que l’utilisation limitée du témoignage antérieur tient davantage de la suppression de la protection lorsque le témoin ment. Tout comme il n’existe pas de protection contre une accusation pour parjure ou témoignages contradictoires, on présume qu’il n’en existe pas non plus lorsque le seul but de l’utilisation subséquente est d’établir le mensonge, ce qui ne va pas à l’encontre du marché voulant que le témoignage ne soit pas utilisé pour incriminer l’accusé.

That subtle distinction, which could plausibly be made on the facts of *Kuldip*, disappears in a case such as the present one when the two uses — the permitted one and the prohibited one — are totally intermingled, and when it is apparent that the prohibited use is of much greater value to the Crown and probably of irresistible appeal to the jury.

This was recognized, at least implicitly, in *Kuldip*, when Lamer C.J. referred to the Saskatchewan case of *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12. In that case, Vancise J.A. had put forward the distinction maintained in *Kuldip* between cross-examination to incriminate and cross-examination to discredit. It is important to note that in *B. (W.D.)*, Vancise J.A. had clearly anticipated the situation before us today and had answered in my view correctly the dilemma that it poses. He said, at pp. 23-24:

In the present case, the accused denied he committed the offence. The issue, as noted, was his credibility. The statement made by him in the previous proceeding did not concern the commission of the offence. It was a factual statement concerning his current relationship, which differed from what he said at trial. The Crown cross-examined the accused to show that he made a statement in other proceedings which differed from that made at the trial. The purpose was not to introduce evidence relating to the commission of an offence. The purpose was to test the appellant's credibility and to reduce the credit to be given to his present testimony.

If the respondent made a statement in which he admitted, or implicated himself in the crime charged, s. 13 would be engaged and such cross-examination prohibited. That would be an attempt to use the accused's previous answers against him as the basis of his own prosecution. [Emphasis added.]

This distinction illustrates that *Kuldip* presents a limited exception to the general prohibition contained in s. 13 against the use of prior testimony: it is only when such subsequent use cannot be said to incriminate the accused that it will escape the prohibition contained in the *Charter*. Lamer C.J. himself

Cette distinction subtile, que l'on pouvait vraisemblablement établir à partir des faits de l'arrêt *Kuldip*, s'estompe dans une affaire comme en l'espèce où les deux utilisations — l'une permise et l'autre interdite — s'entremêlent totalement et où il est évident que l'utilisation interdite a une utilité supérieure pour le ministère public et présente probablement un intérêt irrésistible pour le jury.

Le juge en chef Lamer l'a reconnu du moins implicitement dans l'arrêt *Kuldip*, en se reportant à l'arrêt *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12, de la Saskatchewan. Dans cette affaire, le juge Vancise de la Cour d'appel avait exposé la distinction, confirmée dans l'arrêt *Kuldip*, entre un contre-interrogatoire visant à incriminer et un contre-interrogatoire visant à discréditer. Il importe de signaler que le juge Vancise avait clairement prévu, dans *B. (W.D.)*, précité, la situation dont nous sommes saisis en l'espèce et avait correctement résolu à mon avis le dilemme qu'elle pose. Il affirme aux p. 23-24 :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'accusé a nié avoir commis l'infraction. Comme on l'a signalé, la question en litige touchait sa crédibilité. La déclaration qu'il avait faite dans le cadre de la procédure antérieure ne se rapportait pas à la perpétration de l'infraction. Il s'agissait d'une déclaration factuelle quant à sa relation actuelle, laquelle différerait de ce qu'il a dit au procès. Le ministère public a contre-interrogé l'accusé pour établir qu'il avait fait, dans le cadre d'une autre procédure, une déclaration qui différerait de celle qu'il a faite au procès. Ce contre-interrogatoire ne visait pas à déposer une preuve relative à la perpétration d'une infraction, mais à miner la crédibilité de l'appelant et à affaiblir l'importance à accorder à son témoignage dans l'instance en cours.

Si l'intimé a fait une déclaration dans laquelle il a avoué le crime reproché ou indiqué qu'il y avait participé, l'art. 13 s'applique et il est interdit de procéder à un tel contre-interrogatoire. Ce serait tenter d'employer les réponses antérieures d'un accusé comme fondement de la poursuite engagée contre lui. [Je souligne.]

Cette distinction illustre que l'arrêt *Kuldip*, précité, constitue une exception limitée à l'interdiction générale d'utiliser un témoignage antérieur édictée par l'art. 13 : c'est seulement lorsqu'il est impossible d'affirmer que cette utilisation subséquente incrimine l'accusé qu'elle échappe à l'interdiction

27

28

29

recognized the limited reach of *Kuldip* when he said in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 762:

It must also be remembered that *Kuldip* and s. 13 of the *Charter* refer to a very special subset of prior inconsistent statements, in which the prior statement is made by an accused in a proceeding who testifies at a future proceeding and which, if admitted for the truth of its contents, would incriminate him in the second proceeding. Furthermore, s. 13 applies only to a witness who testifies in a “proceeding”; while this Court has yet to explore the outer boundaries of this term, cases decided to date have concentrated on judicial proceedings such as trials and preliminary inquiries: see *Dubois*.

30

When the prior evidence was not on its face incriminating, as in *Mannion*, *supra*, *Kuldip*, *supra*, and *B. (W.D.)*, *supra*, direct use is still prohibited, since the purpose can only be to incriminate, but cross-examination may not be (*Kuldip* and *B. (W.D.)*). But when the prior evidence was incriminating at the time it was given, in that, for instance, it contained a damaging admission linking the witness to a criminal activity, its use in subsequent proceedings must be totally prohibited, even if it is tendered for the apparent limited purpose of testing credibility, unless there is no realistic danger of incrimination. This is consistent with the scope of s. 5 of the *Canada Evidence Act* as it had been interpreted prior to the advent of the *Charter*, and it is in my view consistent with the *quid pro quo* upon which persons are expected to give their full and frank evidence under oath in judicial proceedings even when such evidence contains statements that are damaging to the witness’s interest.

31

In *Kuldip*, Martin J.A. writing for the Court of Appeal for Ontario (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, had canvassed the state of the law on the scope of the protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act*. In *obiter* (since s. 5 had not been invoked), Lamer C.J. rejected the interpretation of s. 5 offered

faite dans la *Charte*. Le juge en chef Lamer a personnellement reconnu la portée limitée de l’arrêt *Kuldip* lorsqu’il a affirmé ce qui suit dans l’arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 762 :

Il ne faut pas oublier non plus que l’arrêt *Kuldip* et l’art. 13 de la *Charte* se rapportent à une sous-catégorie très particulière de déclarations antérieures incompatibles, savoir un témoignage dans une procédure antérieure fait par un accusé qui témoigne dans une autre procédure et qui, s’il était admis pour établir la véracité de son contenu, l’incriminerait dans la seconde procédure. Par surcroît, l’art. 13 s’applique seulement à un témoin qui dépose dans une « procédure »; certes, notre Cour n’a pas encore défini le champ sémantique de ce terme, mais la jurisprudence là-dessus est axée sur des procédures judiciaires telles les procès et les enquêtes préliminaires : voir l’arrêt *Dubois*.

Lorsque le témoignage antérieur n’est pas incriminant de prime abord, comme c’était le cas dans les arrêts *Mannion*, *Kuldip* et *B. (W.D.)*, précités, son utilisation directe est néanmoins interdite, puisqu’elle ne peut avoir d’autre but que d’incriminer l’accusé, mais il pourrait en être autrement du contre-interrogatoire (*Kuldip* et *B. (W.D.)*). Toutefois, lorsque le témoignage antérieur était incriminant au moment où il a été rendu, parce qu’il renfermait par exemple un aveu compromettant rattachant son auteur à une activité criminelle, son utilisation dans des procédures subséquentes doit être totalement interdite, même si ce témoignage n’est produit en apparence que dans le but limité de jauger la crédibilité, à moins qu’il n’existe aucun risque réaliste d’incrimination. Ce principe est compatible avec la portée de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, tel qu’il a été interprété avant l’avènement de la *Charte*, et il est à mon avis compatible avec le principe de la contrepartie en vertu duquel on s’attend des personnes qu’elles rendent un témoignage complet et sincère sous serment dans des procédures judiciaires, même si leur témoignage renferme des déclarations nuisibles à leurs intérêts.

Dans l’arrêt *Kuldip*, le juge Martin, s’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, avait examiné l’état du droit sur l’étendue de la protection offerte par l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans des remarques incidentes (puisque l’application de l’art. 5 n’avait

by the Court of Appeal for Ontario. In my view, the interpretation of Martin J.A. was the correct one and it should inform our understanding of the scope of s. 13.

The major distinction between s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* is of course the requirement that, in order to activate the statutory protection, s. 5 has to be claimed by the witness at the time he or she gave evidence. Section 13, by contrast, applies to all persons who give evidence, without any requirement that the protection be sought by the witness. This distinction between the statutory and constitutional regimes has a significant consequence. Indeed, the constitutional protection is universal and not dependent upon the sophistication of the witness or the competence of his or her lawyer. But there is another, more subtle difference between the two protective regimes. By having to claim the protection under the *Canada Evidence Act*, the witness has to express an awareness, or at least a fear, that the evidence he or she was about to give may have subsequent adverse consequences for him or her. In the words of the section, the witness has to assert that his answer “may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding”. It is therefore apparent that the protection was limited to compelled “incriminating” evidence. In that context it is hardly surprising that when given, the protection was absolute, save for prosecutions for perjury and the like. The state was not permitted to use such “incriminating” evidence for any purpose, whether to incriminate directly, or in cross-examination (see the analysis by Martin J.A. cited by Lamer C.J. in *Kuldip*).

Section 5(2) of the *Canada Evidence Act* states that when a witness “objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him”, then “the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him” (emphasis added) in subsequent criminal proceedings, save in prosecutions for perjury or for the giving of contradictory evidence. The wording of s. 5(2) makes no exception to the

pas été soulevée), le juge en chef Lamer a rejeté l’interprétation de l’art. 5 préconisée par la Cour d’appel de l’Ontario. À mon avis, c’est l’interprétation du juge Martin qui était correcte et dont il faut s’inspirer pour déterminer la portée de l’art. 13.

La principale distinction entre l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l’art. 13 de la *Charte* réside bien entendu dans le fait que le témoin doit, au moment de son témoignage, réclamer la protection de l’art. 5 pour en déclencher l’application. Pour sa part, l’art. 13 s’applique à quiconque témoigne, sans qu’il soit nécessaire que le témoin réclame cette protection. Cette distinction entre le régime légal et le régime constitutionnel a une conséquence importante. En effet, la protection constitutionnelle est universelle et ne dépend pas du fait que le témoin est bien informé ni de la compétence de son avocat. Il existe toutefois une autre différence, plus subtile, entre les deux régimes de protection. Étant donné qu’il doit réclamer la protection offerte par la *Loi sur la preuve au Canada*, le témoin doit révéler qu’il sait ou craint tout au moins que le témoignage qu’il s’appête à rendre risque d’avoir des conséquences négatives pour lui. Selon le libellé de la disposition, le témoin doit faire valoir que sa réponse « pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile ». Il est donc évident que cette protection ne vise que le témoignage « incriminant » qu’une personne est contrainte de rendre. Dans ce contexte, il n’est guère étonnant que la protection, une fois accordée, soit absolue, sauf en cas de poursuite pour parjure ou dans une situation semblable. L’État ne pouvait utiliser un tel témoignage « incriminant » à quelque fin que ce soit, pour incriminer directement l’accusé ou lors du contre-interrogatoire (voir l’analyse du juge Martin, cité par le juge en chef Lamer dans *Kuldip*).

En vertu du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu’un témoin « s’oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer » alors « sa réponse ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui » (je souligne) dans une procédure pénale subséquente, sauf dans le cas de poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Le libellé du par. 5(2)

32

33

inadmissibility of incriminatory evidence when a witness invokes the statutory protection. Therefore, the cases of *R. v. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358 (Alta. S.C., App. Div.), and *R. v. Côté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564, [1979] C.A. 118, which interpret s. 5(2) as prohibiting even cross-examination, and which were cited with approval by this Court in *Mannion*, *supra*, at p. 281, are in my opinion correct and can be relied upon as good law.

34

It follows from the fact that the appellant in the present case invoked s. 5(2) at his brother's trial that the Crown should have been prevented from introducing that prior testimony at the appellant's own trial. The trial judge should have applied s. 5(2) so as not to allow this to happen. I am also of the view, however, that the constitutional (as opposed to statutory) protection offered by s. 13 of the *Charter* is co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in a case like the present, and it is to this issue that I would like to turn.

35

The proper interpretation of s. 13 of the *Charter* requires a full understanding of its sources at common law, and under the *Canada Evidence Act*. The common law "privilege" against self-incrimination, traditionally expressed in the maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, is a particular rule derived from the broader "principle" against self-incrimination: *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229. At common law, the accused was neither competent nor compellable as a witness. For the non-accused witness however, the common law privilege against self-incrimination provided that everyone was entitled to refuse to answer a question which might incriminate him: *R. v. Marcoux*, [1976] 1 S.C.R. 763. As such, the rule was aptly called the "privilege" against self-incrimination or the "prerogative" of the witness. See *R. v. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97 (Man. C.A.), at pp. 104-5, for a convenient summary of the common law privilege against self-incrimination. That privilege is thus distinct from the concept of compellability. Save for a few — the accused and his or her spouse — all witnesses are compellable to give evidence. Whether they do so enthusiastically, voluntarily, reluctantly or under the threat of legal

ne prévoit aucune exception à l'inadmissibilité d'un témoignage incriminant lorsqu'un témoin invoque la protection légale. Par conséquent, à mon avis, les arrêts *R. c. Wilmot*, [1940] 3 D.L.R. 358 (C.S. Alb., Div. app.) et *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118, dans lesquels on a interprété le par. 5(2) de manière à interdire même le contre-interrogatoire et que notre Cour a cités avec approbation dans l'arrêt *Mannion*, précité, à la p. 281, sont corrects et constituent le droit applicable.

Puisque l'appelant en l'espèce a invoqué l'application du par. 5(2) lors du procès de son frère, on aurait dû empêcher le ministère public de déposer ce témoignage antérieur en preuve au procès de l'appelant. Le juge du procès aurait dû appliquer le par. 5(2) pour que cela ne se produise pas. Toutefois, je suis également d'avis que, dans un cas comme celui-ci, la protection constitutionnelle (par opposition à la protection légale) offerte par l'art. 13 de la *Charte* a la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et c'est précisément cette question que j'examinerai maintenant.

Pour interpréter correctement l'art. 13 de la *Charte* il faut bien comprendre ses origines en common law et dans la *Loi sur la preuve au Canada*. Traditionnellement exprimé dans la maxime *nemo tenetur seipsum accusare*, le « privilège » de ne pas s'incriminer, reconnu par la common law, est une règle particulière tirée du « principe » plus général interdisant l'auto-incrimination : *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229. En common law, l'accusé n'était ni habile, ni contraignable à témoigner. Cependant, lorsqu'il s'agissait d'un témoin non accusé, le privilège de common law de ne pas s'incriminer prévoyait que toute personne pouvait refuser de répondre à une question susceptible de l'incriminer : *R. c. Marcoux*, [1976] 1 R.C.S. 763. Par conséquent, la règle était à juste titre appelée le « privilège » de ne pas s'incriminer ou la « prérogative » du témoin. Voir l'arrêt *R. c. Tass* (1946), 86 C.C.C. 97 (C.A. Man.), p. 104-105, pour un résumé utile du privilège de ne pas s'incriminer reconnu en common law. Ce privilège est donc distinct du concept de la contraignabilité. À l'exception de quelques personnes — l'accusé(e) et son époux(se) — tous les témoins sont

sanction, witnesses are required to appear, to take an oath and to answer truthfully all questions put to them, subject to the common law privilege or, now that it has been modified by statute, to the protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

Section 5 of the *Canada Evidence Act* has replaced the privilege to refuse to answer self-incriminating questions with a certain measure of use immunity. It is the witness who activates the protection of s. 5(2) by registering an objection with the court. It is up to the witness, not the court, to decide if and when he or she will invoke the protection of s. 5. As stated by Lamer J.A. (as he then was) in *Côté, supra*, at pp. 570-71 C.C.C., [TRANSLATION] “it is the witness who, to the exclusion of all others, has the right to decide which [questions] will be of an incriminating nature” (emphasis added), the court having now been cast in a more [TRANSLATION] “passive role” since the enactment of s. 5.

This is not to say that the witness may register an objection to every question being asked. The objection must relate solely to questions which, in the honest belief of the witness, may lead to self-incrimination. This was made clear by this Court in *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309, a case about the constitutionality of s. 5 of the *British Columbia Evidence Act*, R.S.B.C. 1948, c. 113, the wording of which is virtually identical to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Writing for the Court, Rand J. concurring, Kerwin C.J. stated, at pp. 315-16, that:

. . . the objection must be made on the oath of the person under examination that, to the best of his belief, his answers would tend to criminate him, or the company, as the case may be. Such person is not entitled to object to answer ordinary questions about his residence, place of business, etc., nor is he entitled to rest on a statement that on the advice of his solicitor, or the solicitor for the company, he refuses to answer any questions on the ground that the answers might tend to criminate him, or it. He must pledge his oath in his belief that his answers to

contraignables. Qu'ils déposent avec enthousiasme, de leur propre gré, avec réticence ou sous la menace d'une sanction légale, les témoins sont tenus de se présenter à la barre, de prêter serment et de répondre franchement à toutes les questions qui leur sont posées, sous réserve du privilège de common law ou, depuis sa modification par le législateur, de la protection offerte par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* a remplacé le privilège de refuser de répondre à des questions auto-incriminantes par une certaine immunité quant à l'utilisation du témoignage. C'est le témoin qui déclenche l'application de la protection visée au par. 5(2) en formulant une objection auprès du tribunal. C'est le témoin, et non le tribunal, qui décide s'il invoquera la protection de l'art. 5 et à quel moment. Comme l'a affirmé le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada) dans l'arrêt *Côté*, précité, p. 121, « c'est le témoin qui, à l'exclusion de tous autres, a le droit de décider [quelles réponses] seraient de nature à l'incriminer » (je souligne), le tribunal jouant désormais un « rôle [. . .] plus passif » depuis l'adoption de l'art. 5.

Cela ne veut pas dire que le témoin peut formuler une objection à toute question qui lui est posée. L'objection doit se rapporter seulement aux questions qui, de l'avis sincère du témoin, seraient susceptibles de l'incriminer. C'est ce qu'a clairement établi notre Cour dans l'arrêt *Klein c. Bell*, [1955] R.C.S. 309, qui portait sur la constitutionnalité de l'art. 5 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Evidence Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 113, dont le libellé est pratiquement identique à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. S'exprimant au nom de notre Cour, le juge en chef Kerwin, avec l'appui du juge Rand, a tenu les propos suivants, aux p. 315-316 :

[TRANSLATION] . . . la personne interrogée doit formuler l'objection sous serment et déclarer qu'au meilleur de sa connaissance ses réponses pourraient tendre à l'incriminer ou à incriminer la société, le cas échéant. Cette personne n'a pas le droit de refuser de répondre à des questions ordinaires concernant son lieu de résidence, sa place d'affaires, etc., ni de déclarer qu'elle refuse de répondre à toute question, sur avis de son avocat ou de celui de la société, au motif que les réponses pourraient tendre à l'incriminer ou à incriminer la société. Elle doit

36

37

particular questions seriatim would so tend. . . .  
[Emphasis added.]

It should be noted however that, in practice, it is not necessary to voice an objection at every question seriatim. Courts may now accept blanket objections to a series of questions [TRANSLATION] “when the witness anticipates, having regard to the circumstances, that all of them will invite him to give answers which he thinks in one way or another would tend to incriminate him”: *Côté, supra*, at p. 570 C.C.C.

38

The procedure to be followed under s. 5 has also been properly described by Morden J.A. of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Mottola*, [1959] O.R. 520, at p. 526:

An accused person who is a witness is not excused from answering incriminating questions. However, if the witness objects to answering a question upon the ground that his answer may tend to incriminate him and he then answers it as he is bound by the Act to do, the answer shall not be used in evidence against him in any criminal proceedings against him thereafter taking place with the necessary exception of a perjury charge in the giving of such evidence. The objection must be taken by the witness to the question. In practice when a witness is being examined upon an incident or series of incidents and he thinks that all or any of his answers might tend to incriminate him, the Judge might of course permit a general objection to the series of such questions and not require a specific objection to each and every question. But the objection cannot be taken before the witness is sworn and before he is asked any questions. Any protection the witness has if he objects to the question, is provided by s. 5(2), is against the use of his answer in independent, contemporaneous or subsequent prosecutions. This protection is conferred by the Act and not by any ruling of the Judge when objection is taken to a question. The procedure followed in the case under appeal was unwarranted. The magistrate had no authority to confer or withhold ‘the protection of the Court’ upon the witness Boule or upon the appellant Vallee. Both these witnesses could at any time during their examination object to answer questions — they had no right to refuse to answer — but if they would have been excused at Common Law from answering such questions, their answers could not be used against them in other criminal proceedings. [Emphasis added.]

affirmer sous serment qu’elle croit que ses réponses à une série de questions particulières tendraient à le faire . . . » [Je souligne.]

Toutefois, il convient de préciser qu’il n’est pas nécessaire en pratique de formuler une opposition à chaque question. Les tribunaux peuvent maintenant accepter une objection générale à une série de questions « quand le témoin prévoit, eu égard aux circonstances, qu’elles l’inviteront toutes à donner des réponses qui d’une façon ou d’une autre seront de nature à l’incriminer » : *Côté*, précité, p. 121.

Dans l’arrêt *R. c. Mottola*, [1959] O.R. 520, p. 526, le juge Morden de la Cour d’appel de l’Ontario a bien décrit la procédure à suivre sous le régime de l’art. 5 :

[TRADUCTION] Une personne accusée qui est un témoin n’est pas exemptée de répondre à des questions incriminantes. Cependant, si le témoin refuse de répondre à une question au motif que sa réponse peut tendre à l’incriminer et y répond ensuite comme la Loi l’oblige à le faire, la réponse qu’il donne ne peut être utilisée en preuve contre lui dans une procédure criminelle intentée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure relativement à ce témoignage. C’est le témoin qui doit formuler une objection à la question. En pratique, lorsqu’un témoin est interrogé relativement à un incident ou à une série d’incidents et qu’il est d’avis que toutes ses réponses pourraient tendre à l’incriminer, le juge pourrait bien entendu permettre la formulation d’une objection générale à la série de questions et ne pas exiger une objection particulière à chacune des questions. Cependant, cette objection ne peut être reçue avant que le témoin soit assermenté et avant qu’on ait commencé à lui poser des questions. La protection dont bénéficie le témoin s’il s’oppose à la question est celle du par. 5(2), c’est-à-dire une protection contre l’utilisation de sa réponse dans des poursuites indépendantes, simultanées ou subséquentes. Lorsqu’il y a objection à une question, cette protection se trouve conférée par la Loi et non par une décision du juge. La procédure suivie en l’espèce n’était pas justifiée. Le magistrat n’avait pas le pouvoir d’accorder ni de retirer « la protection du tribunal » au témoin Boule ou à l’appellant Vallee. Lors de leur interrogatoire, ces deux témoins pouvaient en tout temps s’opposer à répondre aux questions — auxquelles ils ne pouvaient refuser de répondre — mais, s’ils avaient été dispensés de répondre à ces questions en vertu de la common law, leurs réponses n’auraient pu être utilisées contre eux dans d’autres procédures criminelles. [Je souligne.]

Although these cases all suggest that the protection of s. 5 can only be invoked with regard to questions that the witness could have refused to answer pursuant to the common law privilege, they are silent as to the manner by which the proper application of s. 5 is monitored by the court.

The role of the trial judge in other jurisdictions is quite clear. For instance, in the United Kingdom and Australia, where the common law privilege still exists, the trial judge has the duty to ensure that the privilege is not unduly invoked; a determination must be made as to the potentially incriminating nature of the testimony that is requested. The test is whether, in the circumstances, there is a real and appreciable danger that the evidence sought could be used in future criminal investigations or prosecutions against the witness. See *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), at pp. 420-23, for a convenient statement of the applicable common law procedure, quoted with approval in *Den Norske Bank A.S.A. v. Antonatos*, [1999] Q.B. 271 (C.A.), at pp. 285-87. Similarly, in the United States, the witness is not the final arbiter of whether the Fifth Amendment is properly invoked. That duty falls to the trial judge. As stated by the District of Columbia Court of Appeals in *Carter v. United States*, 684 A.2d 331 (1996), at p. 338: “[I]f the trial judge concludes the proposed testimony would be incriminating and thereby poses the risk of possible future prosecution of the witness, this ends that inquiry and a claim of the privilege should be sustained.” As noted by the authors of *McCormick on Evidence*, *supra*, at p. 472: “A theoretical risk of liability is, then, sufficient.” In turn, the proposed testimony will be deemed incriminating if it is “evident from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result”: *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951), at p. 486-87.

Bien qu’ils portent à croire que la protection de l’art. 5 ne peut être invoquée que relativement aux questions auxquelles le témoin aurait pu refuser de répondre par application du privilège de common law, ces arrêts ne précisent pas la façon dont le tribunal doit s’assurer que l’art. 5 soit appliqué correctement.

Dans d’autres ressorts, le rôle du juge du procès est fort clair. Par exemple, au Royaume-Uni et en Australie où le privilège de common law existe toujours, le juge du procès a l’obligation de veiller à ce que le privilège ne soit pas revendiqué indûment; il doit décider du caractère potentiellement incriminant du témoignage sollicité. Le critère consiste à savoir s’il existe dans les circonstances un danger réel et appréciable que le témoignage sollicité puisse être utilisé contre le témoin dans des enquêtes ou poursuites futures de nature criminelle. Voir *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. c. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), p. 420-423, pour un énoncé utile de la procédure applicable en common law, citée avec approbation dans *Den Norske Bank A.S.A. c. Antonatos*, [1999] Q.B. 271 (C.A.), p. 285-287. De même, aux États-Unis, le témoin n’est pas l’arbitre ultime lorsqu’il s’agit de déterminer si le Cinquième amendement est invoqué à bon droit. Il appartient au juge du procès de le faire. Comme l’a affirmé la Cour d’appel du district de Columbia dans l’arrêt *Carter c. United States*, 684 A.2d 331 (1996), p. 338 : [TRADUCTION] « [S]i le juge du procès conclut que le témoignage proposé serait incriminant et qu’il expose de ce fait le témoin à un risque de poursuite future, la question est réglée et la revendication du privilège doit être accueillie. » Comme l’ont fait remarquer les auteurs de *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, p. 472 : [TRADUCTION] « Un risque théorique de responsabilité est donc suffisant. » Par ailleurs, le témoignage proposé sera réputé incriminant s’il [TRADUCTION] « ressort clairement des éléments implicites de la question, dans le contexte où elle a été formulée, qu’il serait dangereux d’y répondre ou d’expliquer pourquoi on ne peut y répondre, car une divulgation préjudiciable pourrait en résulter » : *Hoffman c. United States*, 341 U.S. 479 (1951), p. 486-487.

40

The considerable discretion of the trial judge where the common law privilege or the Fifth Amendment is concerned is justified because, in both cases, the consequence of claiming the privilege is the complete silence of the witness. The stakes are high when a witness refuses to testify: the trial process and the search for truth are hindered and, in some cases, the defendant is deprived of potentially exculpatory evidence. The trial judge thus has the duty to ensure that the privilege is not unduly asserted. However, once the privilege is upheld, the parties must do without the testimony of the witness. In my view, those concerns are not present in the Canadian regime where the witness's right to silence has been abolished by the various *Evidence Acts*. Every witness must testify and, subject to any other privilege or exclusionary rule, must answer all questions. In exchange, witnesses are protected by s. 13 of the *Charter* and, in addition, may seek the protection of the *Evidence Act*. There is hence little need to monitor the incriminatory nature of the testimony at the time it is given since the witness must answer all questions in any event. Indeed, common law or U.S.-style judicial discretion would be of no consequence. Rather, in Canada, the judicial assessment of the incriminatory nature of the witness's testimony is made at the subsequent proceeding, where the prior testimony is sought to be introduced into evidence. This was emphasized by this Court in *Dubois, supra*, at p. 362, by reference to the protection offered by s. 5(2): "This limited form of protection against self-incrimination clearly has no application to the proceedings in which the testimony is taken and applies only to subsequent proceedings (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at pp. 219-20). It applies, in other words, in subsequent proceedings in which the former witness has become the accused" (emphasis added).

41

In Canadian law, the focus is thus on the nature and use of the prior testimony at the subsequent

Le pouvoir discrétionnaire considérable dont jouit le juge du procès dans l'application du privilège de common law ou du Cinquième amendement est justifié parce que, dans les deux cas, la revendication du privilège emporte comme conséquence le silence absolu du témoin. Les enjeux sont importants lorsqu'un témoin refuse de déposer : le procès et la recherche de la vérité se trouvent entravés et, dans certains cas, la partie défenderesse se trouve privée d'éléments de preuve susceptibles de la disculper. Il incombe donc au juge du procès de veiller à ce que le privilège ne soit pas revendiqué indûment. Cependant, si le juge décide que le privilège s'applique, les parties doivent poursuivre sans la déposition du témoin. À mon avis, ces préoccupations n'existent pas sous le régime canadien, où diverses lois sur la preuve ont aboli le droit du témoin de garder le silence. Chaque témoin est tenu de déposer et de répondre à toutes les questions, sous réserve de tout autre privilège ou de toute autre règle d'exclusion. En retour, le témoin bénéficie de la protection de l'art. 13 de la *Charte* et peut également revendiquer la protection accordée par la *Loi sur la preuve*. Puisque le témoin est de toute façon tenu de répondre à toutes les questions, il n'est pas vraiment nécessaire de vérifier si le témoignage est incriminant au moment où il est rendu. En effet, le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par la common law ou par le droit américain n'aurait aucune utilité. Au Canada, les tribunaux examinent plutôt le caractère incriminant du témoignage lors de la procédure subséquente au cours de laquelle on cherche à déposer ce témoignage antérieur en preuve. Notre Cour l'a bien souligné dans l'arrêt *Dubois*, précité, p. 362, relativement à la protection accordée par le par. 5(2) : « De toute évidence, cette forme limitée de protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas aux procédures dans lesquelles le témoignage est recueilli et ne s'applique qu'aux procédures subséquentes (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, aux pp. 219 et 220). En d'autres termes, elle s'applique dans les procédures subséquentes dans lesquelles celui qui était témoin est devenu l'accusé » (je souligne).

Le droit canadien met l'accent sur la nature et l'utilisation du témoignage antérieur à l'occasion

proceeding. In my view, the trial judge before whom s. 5 is first invoked has a duty to ensure that the witness is properly placing himself within the ambit of the section: the answer to which he objects must be one that “but for this Act” he would have been entitled at common law to refuse to answer on the ground that it could tend to incriminate him. Beyond this limited function, however, the trial judge must simply take notice that the statutory protection has been claimed. It is not surprising that this issue has not been the subject of much judicial consideration. For one thing, s. 5 of the *Canada Evidence Act* is rarely invoked since the vast majority of witnesses are not represented by counsel when they testify, and are likely unaware of the existence of the section. Moreover, the trial judge before whom the protection of s. 5 is sought has little incentive to explore whether it is properly claimed since, in any event, the witness is statutorily bound to answer the question.

The protection of s. 13, by contrast, is automatic and need not be invoked or triggered by the witness. This, in itself, creates a new series of difficulties. The problem perceived in *Kuldip, supra*, with expanding the same quasi-absolute protection under s. 13 of the *Charter* to all witnesses who testify is that it would go far beyond the statutory protection by providing a shield against cross-examination to all witnesses for all of their evidence, whether or not it was incriminating at the time it was given. This would be so, even in cases where the witness would clearly not have sought the statutory protection in exchange for going forward with his testimony as a *quid pro quo* for testifying against his own interests.

This distinction offers useful analytical tools to interpret s. 13 in a manner consistent with its wording, spirit and ancestry. In my view, the key to the proper interpretation of s. 13 is to focus on the incriminating use of evidence for which the accused would have had a common law privilege to refuse to answer. It is only for that kind of evidence that use immunity was granted by virtue of s. 5 of the

d’une procédure subséquente. À mon avis, le juge du procès initialement saisi d’une demande fondée sur l’art. 5 doit s’assurer que le témoin se trouve bel et bien dans la situation visée par cette disposition : la question contre laquelle le témoin soulève une objection doit être telle que, « sans la présente loi », il aurait pu refuser d’y répondre en common law au motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer. Cependant, au-delà de cette fonction limitée, le juge du procès doit simplement prendre acte du fait que le témoin réclame la protection de la loi. Il n’est pas étonnant que les tribunaux ne se soient pas souvent penchés sur cette question. D’une part, l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est rarement invoqué puisque la grande majorité des témoins ne sont pas représentés par des avocats lorsqu’ils témoignent et qu’il est peu probable qu’ils soient au courant de l’existence de cette disposition. D’autre part, le juge du procès saisi d’une demande fondée sur l’art. 5 n’a pas vraiment intérêt à examiner si elle est formulée à bon droit puisque la loi oblige le témoin à répondre à la question de toute manière.

Par contraste, la protection accordée par l’art. 13 s’applique automatiquement, sans que le témoin doive l’invoquer ou en déclencher l’application. Cela en soi crée une nouvelle série de difficultés. Comme le souligne l’arrêt *Kuldip*, précité, le fait d’étendre à tous les témoins la protection quasi-absolute prévue par l’art. 13 de la *Charte* pose un problème : pareille protection irait bien au-delà de la protection légale en fournissant à tous les témoins un bouclier contre leur contre-interrogatoire relativement à tout témoignage antérieur, incriminant ou non au moment où il a été rendu. Il en serait ainsi même dans les cas où il est clair que le témoin n’aurait pas demandé la protection légale en échange de son témoignage préjudiciable à ses intérêts.

Cette distinction offre des outils analytiques utiles pour interpréter l’art. 13 d’une façon compatible avec son libellé, son esprit et son historique. À mon avis, la clé de l’interprétation correcte de l’art. 13 consiste à centrer notre attention sur l’utilisation incriminante du témoignage à l’égard duquel la common law aurait reconnu à l’accusé le privilège de refuser de répondre. C’est le seul type de

*Canada Evidence Act* in lieu of the common law right to silence.

44 When the accused is cross-examined by reference to incriminating evidence that he gave in a judicial proceeding — whether the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act* was claimed or not — the accused is protected by s. 13 of the *Charter*. This is our case.

45 The question remains whether s. 13 would prevent cross-examination to test credibility on innocuous evidence previously given — when s. 5 was not claimed — and when the sole purpose is now to challenge credibility. This was the case in *Kuldip, supra*, which is still good law. In such a case, s. 13 does not expand a protection that would not have been available under s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Section 5 is only available if “but for this Act” the witness would have been excused from answering the question pursuant to the common law privilege. Accordingly, as I indicated earlier, a limited amount of policing by the trial judge before whom the protection is sought is implicit. Section 5 is only available to shelter a witness from the adverse consequences of evidence that, at common law, he would have never been obliged to provide.

46 In the result, when the evidence given in a judicial proceeding by a witness who subsequently becomes an accused was incriminating at the time it was given, such that the witness could have been granted the statutory protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, but did not know to ask, the focus should shift to the use that the Crown proposes to make of that evidence at the subsequent trial of the accused. Clearly, as in *Dubois, supra*, the Crown is precluded from introducing it as part of its case in chief. Whether the Crown can confront the accused with his prior incriminating testimony in cross-examination, purportedly to test his credibility, will depend on whether there is a real danger, despite any

témoignage contre l’utilisation duquel l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* accorde une immunité qui remplace le droit de garder le silence reconnu en common law.

L’accusé bénéficie de la protection de l’art. 13 de la *Charte* lorsqu’il est contre-interrogé relativement à un témoignage incriminant qu’il a déjà rendu dans une procédure judiciaire — peu importe qu’il ait réclamé ou non la protection de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en bénéficie en l’espèce.

Il reste à savoir si l’art. 13 empêche la tenue d’un contre-interrogatoire visant à attaquer la crédibilité du témoin relativement à un témoignage inoffensif rendu antérieurement — lorsque le témoin n’a pas revendiqué la protection de l’art. 5 — et lorsque le contre-interrogatoire a pour unique but de miner la crédibilité du témoin. C’était le cas dans l’affaire *Kuldip*, précitée, qui correspond encore à l’état du droit. En pareil cas, l’art. 13 n’élargit pas la portée d’une protection inaccessible sous le régime de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L’article 5 ne s’applique que si, « sans [cette] loi », le témoin aurait été exempté de répondre à la question conformément au privilège de common law. Par conséquent, comme je l’ai indiqué précédemment, le juge du procès saisi d’une demande de protection exerce implicitement un contrôle limité. L’article 5 ne s’applique que pour mettre le témoin à l’abri des conséquences préjudiciables d’un témoignage qu’il n’aurait jamais été contraint de rendre en common law.

En définitive, lorsque le témoignage offert dans une procédure judiciaire par un témoin devenu par la suite accusé était incriminant au moment où il a été rendu, de sorte que le témoin aurait pu bénéficier de la protection légale de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* s’il avait su qu’il pouvait la revendiquer, il faut centrer notre attention sur la façon dont le ministère public entend utiliser ce témoignage au procès subséquent de l’accusé. De toute évidence, comme dans l’affaire *Dubois*, précitée, le ministère public ne peut se servir de ce témoignage pour établir sa preuve principale. La question de savoir si le ministère public peut opposer à l’accusé, en contre-interrogatoire, son

warning given to the jury, that the protected evidence may be used to incriminate the accused. This is so in part because of the *quid pro quo*. There should be no risk attached to being compelled to give incriminating evidence, save to answer to perjury or similar charges.

If the prior testimony of the accused was innocuous at the time it was given, it is unlikely that it will serve to incriminate him when it is subsequently used to challenge his credibility. In such a case, as per *Kuldip, supra*, the cross-examination should be permitted. If the original evidence was not incriminating, the *quid pro quo* was never engaged, and the witness cannot ask of the state that he be prevented from being cross-examined as to his credibility should he assert matters differently in a subsequent proceeding, even if the ultimate effect of that subsequent cross-examination may be adverse to his interest. This is consistent with the language of s. 13 which grants to every witness the right not to have any “incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings” (emphasis added).

There is of course no need to adhere to a strict “double incrimination test” in order to trigger the s. 13 protection. Such a strict requirement was rejected in *Dubois, supra*. The evidence is not required to have been obviously incriminating at the time it was given to prevent the direct use by the Crown to incriminate the accused in his subsequent trial. (Although I point out that in *Dubois* the evidence was incriminating at least in part when it was originally given.) In other words, the protection is universal when the subsequent use is to incriminate. But when the prior testimony was incriminating and the Crown, under the authority of *Kuldip, supra*, purports to use that prior testimony apparently for the sole purpose of testing the credibility of the accused, now a witness in his own trial, the protection of s. 13 is activated and the cross-examination will likely be prohibited. The key question is whether

témoignage antérieur incriminant, censément pour attaquer sa crédibilité, dépendra de l’existence du danger réel que le témoignage protégé puisse servir à incriminer l’accusé, malgré toute mise en garde faite au jury. Il en est ainsi en partie en raison du principe de la contrepartie. Le témoin ne devrait courir aucun risque du fait d’être contraint d’offrir un témoignage incriminant, hormis le risque d’une poursuite pour parjure ou pour une infraction similaire.

Si le témoignage antérieur de l’accusé était inoffensif au moment où il a été rendu, il est peu probable que son utilisation subséquente aux fins d’attaquer la crédibilité de l’accusé puisse servir à l’incriminer. Dans ce cas, conformément à l’arrêt *Kuldip*, précité, le contre-interrogatoire devrait être permis. Si le témoignage initial n’était pas incriminant, il n’y a jamais eu attribution d’une contrepartie et le témoin ne peut demander à l’État d’être soustrait à un contre-interrogatoire quant à sa crédibilité s’il donne une version différente des faits dans une procédure subséquente, même si l’effet ultime de ce contre-interrogatoire peut être préjudiciable à ses intérêts. Cette règle est compatible avec le libellé de l’art. 13 qui confère à tout témoin le droit à ce qu’aucun « témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures » (je souligne).

Il n’est évidemment pas nécessaire d’appliquer un « critère de double incrimination » strict pour donner ouverture à la protection garantie par l’art. 13. L’arrêt *Dubois*, précité, a rejeté un critère aussi strict. Il n’est pas nécessaire que le témoignage ait été clairement incriminant au moment où il a été rendu pour qu’il soit interdit au ministère public de l’utiliser plus tard directement dans le but d’incriminer l’accusé lors de son procès. (Précisons toutefois que le témoignage en cause dans l’arrêt *Dubois* était incriminant au moins en partie lorsqu’il a été offert à l’origine.) En d’autres termes, cette protection est universelle lorsque l’utilisation subséquente du témoignage vise à en incriminer l’auteur. Néanmoins, lorsque le témoignage antérieur était incriminant et que le ministère public s’appuie sur l’arrêt *Kuldip*, précité, pour l’utiliser apparemment dans l’unique but d’attaquer la crédibilité de

47

48

the evidence is used to incriminate. This was not the case in *Kuldip*. It is clearly the case here.

49

As I indicated at the outset, the reasons of the majority of the Court of Appeal in this case rest on the assumption that the jury is perfectly capable, if properly instructed, of distinguishing between using evidence to incriminate and using evidence to discredit. Lamer C.J. in *Kuldip* had of course accepted that distinction, while he recognized that it was not, at times, free of difficulties. He analogized the dual use of evidence by reference to the introduction at trial of the criminal record of an accused who takes the stand in his own defence (*R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670). This use of the criminal record is permitted as long as it is aimed at discrediting the accused who elects to testify; it cannot be used to show a propensity to commit crimes. But, ultimately, the analogy with the use of the accused's criminal record is in my view of limited utility. It is often said that an accused who testifies in his own trial is in the same position as any other witness and that his credibility can therefore be tested in the same way by reference to his criminal record. It is true that the accused is like any other witness, except of course that he comes equipped with the special constitutional shield provided to him by s. 13 of the *Charter*. In that sense at least, he is not like any other witness.

50

There is a fundamental distinction between cross-examining a witness (other than the accused) on the basis of his or her prior statement, and cross-examining the accused on the same basis. The prior inconsistent statement of a witness is not admissible for the truth of its content, as hearsay. In contrast, any prior inconsistent statement of an accused is admissible for the truth of its content (either as an exception to the hearsay rule, or as non-hearsay, depending on the preferred definition of hearsay).

l'accusé, maintenant témoin à son propre procès, la protection de l'art. 13 s'applique et la tenue du contre-interrogatoire sera vraisemblablement interdite. Il s'agit essentiellement de savoir si le témoignage est utilisé pour incriminer l'accusé. Ce n'était pas le cas dans l'affaire *Kuldip*. C'est nettement le cas en l'espèce.

Comme je l'ai indiqué au début, les motifs prononcés par la Cour d'appel, à la majorité, reposent sur l'hypothèse que le jury, s'il a reçu des directives appropriées, est parfaitement capable de faire la distinction entre le fait d'utiliser une preuve dans le but d'incriminer l'accusé et de l'utiliser dans le but de le discréditer. Dans l'arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer a bien entendu accepté cette distinction, en reconnaissant par contre qu'elle pouvait parfois présenter des difficultés. Il a comparé cette double utilisation de la preuve avec la production, au procès, du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne pour sa défense (*R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). On peut utiliser le casier judiciaire de l'accusé qui décide de témoigner afin de le discréditer, mais non afin de démontrer sa propension à commettre des crimes. Toutefois, en définitive, cette comparaison avec l'utilisation du casier judiciaire de l'accusé ne me paraît pas très utile. On affirme souvent qu'un accusé qui témoigne à son propre procès se trouve dans la même situation que tout autre témoin et que l'on peut donc attaquer sa crédibilité de la même façon que celle d'un autre témoin au moyen de son casier judiciaire. Certes, l'accusé se trouve dans la même situation que tout autre témoin, sauf bien entendu qu'il bénéficie de la protection constitutionnelle spéciale garantie par l'art. 13 de la *Charte*. À cet égard, à tout le moins, sa situation diffère de celle d'un autre témoin.

Il existe une distinction fondamentale entre le contre-interrogatoire d'un témoin (autre que l'accusé) et celui de l'accusé relativement à une déclaration antérieure qu'ils ont faite. Comme il s'agit de oui-dire, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin n'est pas admissible aux fins d'établir la véracité de son contenu. En revanche, toute déclaration antérieure incompatible d'un accusé est admissible pour établir la véracité de son contenu (soit à titre d'exception à la règle du oui-dire, soit

In any event, this underlines one of the difficulties in instructing the jury to disregard the content of a prior incriminating statement by the accused. More importantly, there is a great deal of difference between being told to ignore the evidence of predisposition that a criminal record may represent, and being told to ignore the content of an admission of guilt made under oath in another trial. The present case is a glaring illustration of that difficulty. The accused made several incriminating statements, all of which were introduced against him at his trial for the truth of their content. It is difficult to imagine how a jury would understand that the ones they must disregard are the ones he made under oath at his brother's trial.

There was no danger in *Kuldip, supra*, and in *B. (W.D.), supra*, that the reference to the prior testimony would be used directly by the jury to incriminate the accused. The accused Kuldip was being cross-examined on the basis of a statement that he made in his own previous trial on a charge for failing to stop at the scene of an accident, contrary to s. 233(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 252). At his first trial he testified that after the accident, on February 6, 1983, he went to the police station to inform the police of what had happened and spoke to P.C. Brown. Before his second trial he found out that P.C. Brown was not on duty that day. So at that trial he testified that he once thought that he had spoken to P.C. Brown on February 6 but now thought it could not have been him. The Crown wished to cross-examine him on the basis of his testimony in the first trial on that point. His original testimony that he had gone to the station and met P.C. Brown the day of the accident was hardly incriminating when it was given. He did not claim the protection of the *Canada Evidence Act* when he gave that evidence, and it is difficult to imagine why anyone would. It is also difficult to imagine how the Crown could have ever wanted to introduce it in chief as part of its case for an incriminating purpose. There was no suggestion that it should be used for the truth of its content. There was

parce qu'il ne s'agit pas de ouï-dire, selon la définition du ouï-dire qu'on privilégie). Quoi qu'il en soit, cette distinction fait ressortir l'une des difficultés auxquelles se heurte le juge lorsqu'il donne au jury la directive de ne pas tenir compte du contenu de la déclaration antérieure incriminante de l'accusé. Fait plus important encore, il existe une énorme différence entre le fait de recevoir la directive d'écarter la preuve de prédisposition que peut représenter un casier judiciaire et celle d'écarter un aveu de culpabilité fait sous serment lors d'un autre procès. Le présent pourvoi constitue un exemple frappant de cette difficulté. L'accusé a fait plusieurs déclarations incriminantes qui ont toutes été déposées en preuve contre lui à son procès dans le but d'établir la véracité de leur contenu. Il est difficile d'imaginer qu'un jury comprendrait que les déclarations dont il doit faire abstraction sont celles que l'accusé a faites sous serment au cours du procès de son frère.

Dans les affaires *Kuldip* et *B. (W.D.)*, précitées, il n'existait pas de risque qu'une allusion au témoignage antérieur soit utilisée directement par le jury pour incriminer l'accusé. L'accusé Kuldip était contre-interrogé relativement à une déclaration qu'il avait faite lors de son procès antérieur concernant une accusation d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident en contravention du par. 233(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 252). Lors du premier procès, Kuldip avait affirmé, lors de son témoignage, s'être rendu au poste de police après l'accident, le 6 février 1983, pour signaler les événements et avoir alors rencontré l'agent P.C. Brown. Avant le deuxième procès, il a découvert que P.C. Brown n'était pas en fonction ce jour-là. Au cours du deuxième procès, M. Kuldip a donc témoigné qu'il avait cru parler à l'agent P.C. Brown le 6 février, mais croyait maintenant qu'il était impossible que ce fut lui. Le ministère public désirait contre-interroger M. Kuldip relativement au témoignage qu'il avait offert à ce sujet lors du premier procès. Le premier témoignage selon lequel il s'était rendu au poste de police et avait rencontré P.C. Brown le jour de l'accident était peu incriminant au moment où il avait été offert. M. Kuldip n'a pas réclamé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu'il a témoigné et on peut difficilement imaginer pourquoi quelqu'un l'aurait réclamée. Il

clearly no risk that it would be used for any purpose other than to test the credibility of the accused, and no risk that the trial judge, or a hypothetical jury, would be confused and make an improper use of the prior evidence.

52 Similarly in *B. (W.D.)*, *supra*, the prior testimony with which the accused was confronted dealt with his alleged unfaithfulness to his wife and contained non-incriminating admissions related to the charges that he faced.

53 In contrast, although the prior testimony of the accused in *Mannion*, *supra*, was also on its face innocuous when it was given, this Court held that for the Crown to introduce it against the accused at trial, in cross-examination, could have no other purpose than to incriminate him and therefore would violate s. 13. *Mannion* is a case where it is unlikely that the accused would have sought the protection of the *Canada Evidence Act* when he gave his original evidence since that evidence did not “tend to criminate” him when it was given. In that sense s. 13 is an expansion of the statutory protection, and one fully in line with the broad constitutional protection against compulsory self-incrimination.

54 Some would argue that the limited *Kuldip* exception to the s. 13 protection should be abolished. It would be said, in part, that the ultimate aim of the Crown is always to incriminate and that therefore a cross-examination to impeach the credibility of an accused is always, at least indirectly, an attempt to incriminate him. Furthermore, it could be argued that the risk of the jury misusing the prior testimony, even inadvertently, outweighs the benefit of a full contradictory cross-examination on credibility. In my view, there is no need to depart from *Kuldip* to that extent. The cogent arguments advanced in that case to allow an accused who testifies to be confronted with prior inconsistent statements made

est aussi difficile d’imaginer comment le ministère public aurait pu vouloir produire ce témoignage en interrogatoire principal à titre de preuve à charge afin d’incriminer l’accusé. Il n’a pas été question d’utiliser ce témoignage pour établir la véracité de son contenu. Il est clair qu’il n’existait aucun risque qu’il serve à une fin autre que celle d’attaquer la crédibilité de l’accusé, ni d’ailleurs aucun risque que le juge du procès, ou un jury hypothétique, s’embrouille et utilise ce témoignage antérieur de façon irrégulière.

De même, dans l’affaire *B. (W.D.)*, précitée, le témoignage antérieur auquel était confronté l’accusé avait trait à son infidélité alléguée envers son épouse et contenait des aveux non incriminants relatifs aux accusations pesant contre lui.

Par contre, bien que le témoignage de l’accusé dans l’affaire *Mannion*, précitée, ait lui aussi été anodin à première vue au moment où il a été rendu, notre Cour a statué que la production de ce témoignage contre l’accusé au procès, au moment du contre-interrogatoire, ne pouvait avoir d’autre fin que celle de l’incriminer et contreviendrait en conséquence à l’art. 13. Il s’agissait d’une affaire où il est peu probable que l’accusé aurait sollicité la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu’il a témoigné la première fois puisque son témoignage ne « tend[ait] [pas] à l’incriminer » lorsqu’il l’a offert. En ce sens, l’art. 13 étend la protection légale, en parfaite harmonie avec la vaste protection constitutionnelle contre l’auto-incrimination forcée.

Certains pourraient prétendre qu’il faut abolir l’exception limitée à la protection de l’art. 13, formulée dans l’arrêt *Kuldip*. On ferait notamment valoir que le ministère public a toujours comme but ultime d’incriminer l’accusé et qu’un contre-interrogatoire visant à attaquer la crédibilité d’un accusé constitue toujours, du moins indirectement, une tentative de l’incriminer. Par ailleurs, on pourrait avancer que le risque que le jury utilise le témoignage antérieur à mauvais escient, même par inadvertance, l’emporte sur l’avantage à tirer d’un contre-interrogatoire contradictoire complet sur la crédibilité. À mon avis, il n’est pas nécessaire de déroger à ce point à l’arrêt *Kuldip*. Les arguments

in another judicial proceeding can stand as long as there is no risk that such cross-examination could amount to a repudiation of the *quid pro quo* upon which the accused gave evidence in the first place. If there is any indication that the Crown is using the prior evidence to incriminate the accused directly, as in *Dubois, supra*, or indirectly as in *Mannion, supra*, or that the prior evidence was such that it contained, subjectively or objectively, an element of self-incrimination, s. 13 is activated and all reference to the testimony is prohibited, even for the sole purpose of challenging the credibility of the accused. In my view, *Kuldip* is limited to cases where the reference to the prior evidence is exclusively for impeachment purposes and carries no other risk of incrimination. In other words, the cross-examination would be permitted when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence.

This is so in part because, as this case illustrates, a cross-examination on a prior admission of guilt is such that it is asking too much of a jury to ignore the content of the prior admission, particularly when the admission was made under oath in a prior judicial proceeding. This is different from asking the jury to ignore the damaging content of a prior criminal record as evidence of bad character or of predisposition to commit the offence. That, in my view, is challenging enough. But even in the face of the most legally cogent instructions, it is most likely that the jury would not ignore the content of the prior incriminating testimony. Frankly, in a case like the present one, the jury would be entitled to doubt that it had correctly understood the distinction, assuming that all jurors correctly perceived its import. They were told, essentially, that they could use as incriminating evidence the numerous statements that the accused made to the police, but that they could not use for the same purpose the evidence that he gave under

convaincants présentés dans cette affaire à l'appui de la possibilité de confronter l'accusé avec des déclarations antérieures incompatibles faites au cours d'une autre procédure judiciaire demeurent valables dans la mesure où il n'existe pas de risque que le contre-interrogatoire puisse constituer un désaveu de la contrepartie en retour de laquelle l'accusé a témoigné à l'origine. S'il existe une indication quelconque que le ministère public utilise le témoignage antérieur pour incriminer l'accusé directement, comme dans l'affaire *Dubois*, précitée, ou indirectement, comme dans l'affaire *Mannion*, précitée, ou que le témoignage antérieur renfermait, subjectivement ou objectivement, un élément d'auto-incrimination, l'art. 13 s'applique et toutes les allusions à ce témoignage sont interdites, même à la seule fin d'attaquer la crédibilité de l'accusé. À mon avis, l'application de l'arrêt *Kuldip* se limite aux cas où la mention du témoignage antérieur vise exclusivement à attaquer la crédibilité et ne comporte aucun autre risque d'incrimination. En d'autres termes, on permettrait le contre-interrogatoire lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense.

Comme l'illustre le présent pourvoi, il en est ainsi en partie parce que, compte tenu de la nature même d'un contre-interrogatoire sur un aveu de culpabilité antérieur, c'est trop demander au jury que de faire abstraction du contenu de cet aveu, plus particulièrement lorsqu'il a été fait sous serment dans une procédure judiciaire antérieure. Ce n'est pas du tout la même chose que de demander au jury de faire abstraction du contenu compromettant d'un casier judiciaire antérieur à titre de preuve de mauvaise moralité ou de prédisposition à commettre l'infraction. Ce qui, à mon avis, est déjà assez délicat. Cependant, même après avoir reçu les directives les plus sévères et les plus précises, il est fort probable que le jury ne fera pas abstraction du contenu du témoignage antérieur incriminant. En toute franchise, dans un cas comme celui qui nous occupe, le jury serait en droit de douter d'avoir bien compris cette distinction, en supposant que tous les jurés en aient bien saisi la signification. On leur a dit

oath in a court of law. A jury could be forgiven for thinking that it may have misunderstood the instruction, unless such instruction was accompanied by a lengthy explanation as to its rationale and purpose. Even at that, I agree with Fish J.A. that this would be asking the impossible.

essentiellement qu'ils pouvaient utiliser, à titre de preuve incriminante, les nombreuses déclarations que l'accusé avait faites à la police, mais qu'ils ne pouvaient utiliser, au même titre, le témoignage que l'accusé a rendu sous serment devant un tribunal. On pourrait pardonner au jury de croire qu'il a peut-être mal compris les directives, à moins qu'elles soient accompagnées d'une longue explication quant à leur raison d'être et à leur objet. Et même alors, je reconnais, à l'instar du juge Fish, que ce serait demander l'impossible.

56

I am not casting doubt on the jury's ability to sort out complicated evidence and its permissible uses. This Court has consistently expressed its faith in the institution of the jury (see for example *Corbett, supra*). This faith in the intelligence and common sense of jurors formed the basis of my dissent in *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29. However, there are cases where the mental gymnastics requested of the jury are, on their face, absurd. I believe this to be such a case. Indeed, even the learned trial judge in the present case, a case that required a limiting instruction, expressed some confusion about the proper use of the prior testimony when he referred, in the presence of the jury, to the "double purpose" of the cross-examination: to impeach the credibility of the appellant, and to attempt to obtain admissions from him. This is also why, in part, confessions excluded at common law under the voluntariness rule, or excluded under s. 24(2) of the *Charter*, cannot be introduced solely to challenge the credibility of an accused who testifies and denies his guilt (see *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Monette*, [1956] S.C.R. 400, at p. 402).

Je ne mets pas en doute la capacité du jury de faire le tri des éléments d'une preuve complexe et d'en cerner les utilisations permises. Notre Cour a toujours exprimé sa confiance dans l'institution du jury (voir par exemple l'arrêt *Corbett*, précité). C'est sur cette confiance dans l'intelligence et le bon sens des jurés que reposait ma dissidence dans l'arrêt *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29. Toutefois, il existe des cas où la gymnastique intellectuelle requise du jury est à première vue absurde. À mon avis, c'est le cas en l'espèce. En effet, même le juge du procès dans la présente affaire, qui commandait des directives restrictives, s'est embrouillé quant à l'utilisation appropriée du témoignage antérieur lorsqu'il a parlé en présence du jury du « double objectif » du contre-interrogatoire : attaquer la crédibilité de l'appelant et tenter d'obtenir des aveux de sa part. C'est également en partie pourquoi les confessions exclues en common law par application de la règle du caractère volontaire ou en vertu du par. 24(2) de la *Charte* ne peuvent être produites dans le seul but de miner la crédibilité de l'accusé qui témoigne et nie sa culpabilité. (Voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Monette*, [1956] R.C.S. 400, p. 402.)

57

While this Court has insisted over the years that jurors be made privy to as much evidence as possible, we have also recognized the necessity to exclude evidence in appropriate cases where the prejudicial effect of its use would overshadow its probative value. This was expressly recognized in *Corbett, supra*. The discretion to disallow cross-examination on prior convictions in appropriate cases reflects an overriding concern not to put to the jury evidence that presents an intolerable likelihood

Bien qu'elle ait insisté au fil des ans pour que les jurés soient mis au courant de la preuve la plus complète possible, notre Cour a aussi reconnu la nécessité d'exclure un élément de preuve au besoin, lorsque l'effet préjudiciable découlant de son utilisation en éclipserait la valeur probante. Elle l'a déclaré expressément dans l'arrêt *Corbett*, précité. Le pouvoir discrétionnaire de refuser, dans les cas opportuns, d'autoriser un contre-interrogatoire portant sur des condamnations antérieures traduit le

of misuse. In addition to the risk of misuse, there is also a legitimate societal interest in not eviscerating constitutional protections such as the one provided for in s. 13 of the *Charter*.

Section 13 of the *Charter*, whatever its scope, will be viewed by some as standing in the way of the truth-finding process. However, it has never been the case in our criminal justice system that the search for truth could be pursued at all costs, by all means. This was best stated in the classic words of Vice-Chancellor Sir J. L. Knight Bruce:

The discovery and vindication and establishment of truth are main purposes certainly of the existence of Courts of Justice; still, for the obtaining of these objects, which, however valuable and important, cannot be usefully pursued without moderation, cannot be either usefully or creditably pursued unfairly or gained by unfair means, not every channel is or ought to be open to them. . . . Truth, like all other good things, may be loved unwisely — may be pursued too keenly — may cost too much. [See *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, at p. 957.]

In this light, the prohibition against any reference to prior incriminating evidence also reflects a more fundamental principle, which is at the heart of s. 13. That principle is the trade-off between the right of the state to compel, under the threat of legal sanctions, the evidence of each and every one of us, under oath, in public, in a court of law, and the need for the state to prove its case without the compelled self-incriminating evidence of the accused. That trade-off, reflected in s. 13 of the *Charter*, is a critical feature of the administration of justice that courts are required to protect and uphold. Only in the exceptional circumstance reflected in a case like *Kuldip, supra*, should courts be satisfied that there is no repudiation or betrayal of the conditions under which the witness, now accused, chose to give the potentially damaging evidence rather than face the alternative sanction of a finding of contempt of court. This is not based on any distrust of juries. It is based on the apparent absurdity of asking juries to disregard a confession

souci premier de ne pas soumettre certains éléments de preuve au jury lorsque le risque qu'ils soient mal utilisés est démesuré. Outre le risque d'une mauvaise utilisation, il est dans l'intérêt légitime de la société que les garanties constitutionnelles comme celle édictée à l'art. 13 de la *Charte* ne soient pas vidées de leur contenu.

Certains seront d'avis que l'art. 13 de la *Charte*, quelle qu'en soit la portée, fait obstacle au processus de recherche de la vérité. Toutefois, notre système de justice pénale n'a jamais permis la recherche de la vérité à tout prix et par tout moyen. C'est le vice-chancelier Sir J. L. Knight Bruce qui a le mieux résumé ce principe dans l'énoncé classique qui suit :

[TRADUCTION] Les cours de justice ont sans contre-dit pour principal objectif la recherche, la défense et la découverte de la vérité; mais tous les moyens ne leur sont pas permis — et ne devraient pas leur être permis — pour réaliser cet objectif, si valable et important soit-il; elles ne peuvent chercher honorablement à l'atteindre sans faire preuve de modération, au prix de l'injustice ou par des moyens inéquitables. [ . . . ] La vérité est comme toute bonne chose : parfois on la chérit à l'excès, on la recherche trop ardemment, on la paie trop cher. [*Pearse c. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, p. 957]

Sous cet angle, l'interdiction de faire quelque allusion que ce soit à un témoignage antérieur incriminant traduit également un principe plus fondamental qui est de l'essence de l'art. 13. Ce principe est un compromis entre, d'une part, le droit de l'État de contraindre une personne, sous la menace des sanctions de la loi, à témoigner sous serment, en public, devant un tribunal et, d'autre part, l'obligation de l'État d'établir sa preuve sans le témoignage auto-incriminant forcé de l'accusé. Ce compromis, exprimé dans l'art. 13 de la *Charte*, constitue un élément essentiel de l'administration de la justice que les tribunaux doivent protéger et préserver. La situation exceptionnelle en cause dans *Kuldip*, précité, est la seule dans laquelle le tribunal devrait être convaincu qu'il n'y a pas eu désaveu ou non-respect des conditions en vertu desquelles le témoin, maintenant accusé, a décidé d'offrir le témoignage susceptible de lui nuire plutôt que d'encourir l'autre sanction possible, c'est-à-dire d'être condamné pour outrage au tribunal. Cette conclusion n'est pas fondée sur

58

59

under oath, and on the unfairness of allowing them to give effect to it.

B. *Cross-Examination on Awareness of the Law*

60

One final comment in relation to s. 13. The appellant argues that no reference should have been made, during his cross-examination, to his awareness of the statutory and constitutional protection offered by s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* respectively. I agree. In the rare circumstances where it will be permissible to cross-examine an accused on the basis of his prior testimony, the cross-examination will only be directed at his credibility. I see no reason not to apply the rationale of this Court's decision in *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75, to this case now before us. Essentially, whether the probing of the knowledge that the witness may have of the law is done when his original evidence is given, or whether it is pursued when he gives inconsistent evidence on a subsequent occasion, it is not clear what inference is to be drawn from the witness's perception of the legal protection available to him or her. In *Jabarianha*, for example, the suggestion was that the witness was lying when he testified that he, and not the accused, was responsible for the offence, and that he knew that he could falsely confess with impunity in light of the s. 13 protection. Here, on the other hand, the Crown was suggesting to the appellant that he told the truth when he incriminated himself at his brother's trial because he knew that he could do so with impunity in light of the protection of s. 13. It seems to me that, apart from the cogent reasons advanced in *Jabarianha* not to permit this line of cross-examination, the simple fact is that knowledge of the legal protection does not yield an inference in relation to truthfulness one way or the other. This line of questioning should not have been permitted in this case.

un manque de confiance envers les jurés. Elle tient au fait qu'il serait à la fois absurde à première vue de demander aux jurés de ne pas tenir compte d'un aveu fait sous serment et injuste de leur permettre d'y donner suite.

B. *Le contre-interrogatoire sur la connaissance de la loi*

J'aimerais formuler une dernière remarque sur l'art. 13. L'appelant allègue que, lors de son contre-interrogatoire, aucune allusion n'aurait dû être faite à sa connaissance de la protection légale et constitutionnelle que lui offrent, respectivement, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte*. Je suis d'accord. Dans les rares circonstances où il sera permis de contre-interroger un accusé relativement à son témoignage antérieur, le contre-interrogatoire ne visera que sa crédibilité. Je ne vois aucun motif de ne pas appliquer en l'espèce le raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430, 2001 CSC 75. Essentiellement, qu'on interroge le témoin sur sa connaissance éventuelle du droit au moment où il témoigne pour la première fois ou au moment de son témoignage contradictoire à une autre occasion, on ne sait pas vraiment ce qu'il faut inférer de la perception qu'a le témoin de la protection légale dont il peut se prévaloir. Par exemple, dans l'affaire *Jabarianha*, la poursuite prétendait que le témoin avait menti en affirmant dans son témoignage que c'était lui, et non l'accusé, qui était l'auteur de l'infraction et qu'il savait qu'il pouvait impunément faire un faux aveu grâce à la protection que lui garantissait l'art. 13. En l'espèce, au contraire, le ministère public voulait faire reconnaître à l'appelant qu'il avait dit la vérité lorsqu'il s'était incriminé au procès de son frère parce qu'il savait pouvoir s'incriminer en toute impunité grâce à la protection que lui garantissait l'art. 13. Au-delà des motifs convaincants exprimés dans l'arrêt *Jabarianha* à l'encontre d'un tel contre-interrogatoire, il me semble que le fait que l'accusé soit au courant de la protection légale dont il bénéficie ne permet tout simplement pas de tirer une inférence quant à la véracité ou à la fausseté de son témoignage. Ces questions n'auraient pas dû être permises en l'espèce.

### C. *The Other Grounds of Appeal*

It is conceded that the trial judge's instructions on reasonable doubt were not in accordance with the decisions of this Court in *Lifchus, supra*. Specifically, the errors in the trial judge's charge are said to be similar to those encountered in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, and *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56. Since the case must go back for a new trial on the s. 13 issue, it is unnecessary to decide whether the instructions were sufficiently flawed to have required a new trial on that ground alone.

As for the treatment by the trial judge of the expert evidence, in my view the instructions were not deficient to the point of constituting a misdirection.

### VI. Conclusion

For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and a new trial is ordered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

#### I. Introduction

Truth is essential to justice. The law respecting the privilege against self-incrimination seeks to foster both by promoting the search for truth. The nuanced approach of Lamer C.J. in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, in my opinion, achieved that result while preserving the fundamental privilege against self-incrimination. *Kuldip* has been the law in this country for the last 12 years. No cogent reasons have been presented to indicate that any aspect of *Kuldip* is bad law. Besides, neither the majority nor the dissent in the Court of Appeal in the case at bar, nor for that matter the parties before us, presented arguments or asked for the reversal of any facet of *Kuldip*. Notwithstanding this, my colleague in fact reverses parts of *Kuldip*. I dissent.

### C. *Les autres motifs d'appel*

Les parties ont reconnu que les directives du juge du procès sur le doute raisonnable n'étaient pas conformes à l'arrêt *Lifchus*, précité, de notre Cour. Le juge du procès aurait plus particulièrement commis, dans son exposé au jury, des erreurs semblables à celles dont il était question dans les arrêts *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, et *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56. Puisqu'un nouveau procès sera tenu en conséquence de la question fondée sur l'art. 13, il n'est pas nécessaire de décider si ces directives étaient suffisamment viciées pour exiger la tenue d'un nouveau procès pour ce seul motif.

En ce qui concerne la façon dont le juge du procès a traité la preuve d'expert, j'estime que ses directives ne comportaient pas de lacunes suffisantes pour être considérées comme des directives erronées.

### VI. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et un nouveau procès est ordonné.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

#### I. Introduction

La vérité est essentielle à la justice. Le droit relatif au privilège de ne pas s'incriminer vise à les promouvoir toutes deux en favorisant la recherche de la vérité. L'interprétation nuancée qu'a adoptée le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, a permis à mon avis d'atteindre ce résultat tout en préservant le privilège fondamental de ne pas s'incriminer. L'arrêt *Kuldip* est le droit au pays depuis 12 ans. Aucun argument convaincant n'a été apporté de nature à indiquer qu'un aspect quelconque de l'arrêt *Kuldip* serait erroné. De surcroît, ni les juges majoritaires ni le juge dissident de la Cour d'appel en l'espèce, non plus d'ailleurs que les parties à l'instance, n'ont soulevé la question du renversement de l'arrêt *Kuldip* sous quelque aspect que ce soit. Malgré cela, ma collègue renverse en fait certains aspects de l'arrêt *Kuldip*. J'inscris ma dissidence.

61

62

63

64

## II. Facts

65 In this case, the appellant is charged with the murder of Éric Arpin, a nine-year-old boy who was killed in the basement of the home where the appellant lived. This boy was killed, it is alleged, by the appellant's brother Serge Noël, while the appellant held down the victim's legs. There is some evidence that both the appellant and Serge engaged in some form of sexual activity with the victim prior to his death.

66 Serge was charged with murder. As noted by the majority in the Court of Appeal, the appellant was called by the Crown as a witness at Serge's trial. In his sworn testimony, the appellant incriminated himself in the victim's murder. At his own trial for murder, the appellant chose to take the stand in his own defence and, after doing so, recounted a somewhat different story from the one he had told under oath at Serge's trial. The Crown, in cross-examination, sought to test the appellant's credibility by making reference to his previous testimony. The appellant was convicted. His conviction was upheld on appeal by a 2-1 majority. This case comes to us as of right on the basis of the dissent in the Court of Appeal. The dissent was based on three issues, which issues are set out and dealt with below.

## III. Issues

67 Like *Arbour J.*, I will proceed to deal with the three issues in the same order in which she dealt with them. They are as follows:

- (A) Was the cross-examination of the appellant illegal or improper?
- (B) Did the trial judge err in his instructions respecting the burden of proof the jury were required to apply?
- (C) Did the trial judge err by failing to appropriately instruct the jury with respect to the manner in which they were to use the expert evidence?

## II. Les faits

Dans le présent pourvoi, l'appelant est accusé du meurtre d'Éric Arpin, un garçon de neuf ans qui a été tué dans le sous-sol de la résidence de l'appelant. On allègue que le frère de l'appelant, Serge Noël, a tué le garçon pendant que l'appelant lui tenait les jambes. Certains éléments de preuve portent à croire que l'appelant et Serge se sont tous deux livrés à certains actes sexuels sur la victime avant son décès.

Serge a été accusé de meurtre. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont signalé, l'appelant a été assigné comme témoin à charge au procès de Serge. Témoignant sous serment, l'appelant s'est incriminé relativement au meurtre de la victime. À son propre procès pour meurtre, l'appelant a choisi de témoigner pour sa défense et, ce faisant, a relaté une version quelque peu différente de celle qu'il avait donnée sous serment au procès de Serge. En contre-interrogatoire, le ministère public a cherché à miner la crédibilité de l'appelant en renvoyant à son témoignage antérieur. L'appelant a été déclaré coupable. En appel, la majorité (2-1) de la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Nous sommes saisis en l'espèce d'un pourvoi de plein droit en raison de la dissidence exprimée en Cour d'appel. Cette dissidence est fondée sur trois questions qui sont exposées et analysées ci-dessous.

## III. Les questions en litige

À l'instar du juge *Arbour*, je traiterai de ces trois questions dans l'ordre suivant :

- (A) Le contre-interrogatoire de l'appelant était-il illégal ou irrégulier?
- (B) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives quant au fardeau de preuve que le jury était tenu d'appliquer?
- (C) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury des directives appropriées sur la manière dont il devait examiner la preuve d'expert?

IV. AnalysisA. *The Cross-Examination*

- (1) The Quebec Court of Appeal (2001), 156 C.C.C. (3d) 17

This issue was fully canvassed by the Quebec Court of Appeal, both by the majority and by the dissent.

- (a) *The Majority Decision (Proulx and Chamberland J.J.A.)*

The majority in the Court of Appeal held that the Crown's cross-examination was appropriate. They agreed that the Crown's questions were directed toward undermining the appellant's credibility. They recognized as well the tenuous nature of the distinction between using the evidence to undermine the accused's credibility, and using the evidence to incriminate the accused. Notwithstanding this difficulty, the court was of the opinion that this Court's decisions (notably in *Kuldip, supra*) permitted this form of cross-examination, subject to appropriate instructions to the jury regarding the proper use of this evidence. This jury, it was held, could make the proper distinction as a result of the trial judge's instructions. With respect to the questions about the appellant's knowledge of the nature of his testimonial rights, the majority held that these questions did not unduly influence the jury given the fact that there were few such questions asked during the course of a long cross-examination which focussed almost exclusively on the prior inconsistent statements.

- (b) *The Dissent (Fish J.A.)*

On the question of the Crown's cross-examination, Fish J.A. acknowledged, at para. 180, that such cross-examination is permitted as long as its sole purpose is to undermine the accused's credibility: prior testimony cannot be used to incriminate the accused. Fish J.A. relied on *Kuldip* for this statement of law. He held that the Crown's cross-examination crossed into incriminating territory and, as a result, was not permissible. Fish J.A. took

IV. AnalyseA. *Le contre-interrogatoire*

- (1) La Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1464

Cette question a été examinée en détail tant par les juges majoritaires que par le juge dissident de la Cour d'appel du Québec.

- a) *La décision majoritaire (les juges Proulx et Chamberland)*

La Cour d'appel a conclu à la majorité que le ministère public avait mené son contre-interrogatoire de façon régulière. Les juges majoritaires ont estimé que les questions posées par le ministère public visaient à attaquer la crédibilité de l'appellant. Ils ont également reconnu qu'il existait une distinction ténue entre le fait de se servir d'un élément de preuve pour miner la crédibilité de l'accusé et le fait de s'en servir pour incriminer l'accusé. En dépit de cette difficulté, ce type de contre-interrogatoire est permis, selon eux, à en juger par les décisions émanant de notre Cour (en particulier l'arrêt *Kuldip*, précité), dans la mesure où les jurés reçoivent des directives appropriées sur la façon dont il convient de se servir de cette preuve. Ils ont statué que le jury était à même de faire la distinction qui s'imposait, compte tenu des directives du juge du procès. Quant aux questions sur ce que l'appellant savait sur la nature de ses droits comme témoin, les juges majoritaires ont déclaré qu'elles n'avaient pas indûment influencé le jury étant donné le peu de questions à ce sujet lors du long contre-interrogatoire, axé presque exclusivement sur les déclarations antérieures incompatibles.

- b) *La dissidence (le juge Fish)*

En ce qui concerne le contre-interrogatoire mené par le ministère public, le juge Fish a reconnu (au par. 180) qu'il était permis, à condition que ce soit à la seule fin de miner la crédibilité de l'accusé : un témoignage antérieur ne peut servir à incriminer l'accusé. Le juge Fish a invoqué l'arrêt *Kuldip* à l'appui de ce principe de droit. Il a conclu que le contre-interrogatoire du ministère public avait pris une tournure incriminante et qu'il était de ce fait

68

69

70

special note of a 40-page passage from the record where, it is alleged, Crown counsel simply read in page after page of evidence from the previous trial. This stopped once defence counsel interjected. Fish J.A. concluded from this, and from other passages taken from the transcript, that the cross-examination had gone too far by seeking to obtain from the appellant admissions that what he had said at his brother's trial was true. He believed that no instructions to the jury could have saved this cross-examination.

(2) History and Purpose of the Laws Relating to Self-Incrimination

71 The law with respect to the permissible scope of cross-examination on prior testimony is best understood in its historical and comparative context. I will deal with this context as part of my examination of the modern authorities in Canada dealing with this topic.

72 The law governing self-incrimination is generally found in two provisions. The first, being s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, reads as follows:

**13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

The second provision of note is s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (the "CEA"), which provision is set out here:

**5.** (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any

inacceptable. Le juge Fish a porté une attention toute particulière à un extrait de 40 pages tiré du dossier dans lequel, allègue-t-on, le substitut du procureur général a tout simplement lu page par page le témoignage donné au premier procès. On a mis un terme à cette lecture lorsque l'avocat de la défense s'est élevé contre cette façon de faire. De cela et d'autres extraits tirés de la transcription, le juge Fish a conclu que le ministère public était allé trop loin avec son contre-interrogatoire en tentant de soutirer à l'appelant des aveux selon lesquels ce qu'il avait dit au procès de son frère était vrai. Le juge Fish a estimé qu'aucune directive au jury n'aurait pu sauver ce contre-interrogatoire.

(2) Historique et objectif des lois en matière d'auto-incrimination

La meilleure façon de comprendre le droit régissant les limites acceptables d'un contre-interrogatoire sur un témoignage antérieur consiste à le placer dans son contexte historique et comparatif. Je me pencherai sur ce contexte dans le cadre de mon analyse de la jurisprudence contemporaine au Canada à ce sujet.

Le droit en matière d'auto-incrimination est exposé de façon générale dans deux dispositions. La première d'entre elles, soit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est libellée comme suit :

**13.** Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

La seconde disposition, soit l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (ci-après la « LPC »), prévoit quant à elle :

**5.** (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou

person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

Section 5 of the *CEA* exists in every province in a form similar to the federal section.

(a) *Section 5 of the Canada Evidence Act*

While s. 13 of the *Charter* has only been in force for approximately 20 years, s. 5 of the *CEA* has a longer history in Canadian law. Section 5 first appeared in 1893, as s. 5 of *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. It reads as follows:

5. No person shall be excused from answering any question upon the ground that the answer to such question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or any other person: Provided, however, that no evidence so given shall be used or receivable in evidence against such person in any criminal proceeding thereafter instituted against him other than a prosecution for perjury in giving such evidence.

This section replaced the old common law privilege against self-incrimination whereby a witness was entitled, at any proceeding, to claim a privilege of silence. At common law, the witness could not be compelled to testify in any proceeding. The original s. 5 replaced this privilege with a provision compelling the witness to testify. In exchange for the lost privilege of silence, the witness was guaranteed that his evidence would not be used against him in any other criminal proceeding except, as I shall demonstrate, in certain cases.

When the original s. 5 came up for debate in the House of Commons, the general theme espoused by the Minister of Justice was that it was designed

de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

L'article 5 de la *LPC* existe dans toutes les provinces sous une forme similaire à celle du régime fédéral.

a) *L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada*

Alors que l'art. 13 de la *Charte* n'est en vigueur que depuis une vingtaine d'années, l'art. 5 de la *LPC* a des racines plus profondes en droit canadien. L'article 5 est apparu pour la première fois en 1893, sous la forme de l'art. 5 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. L'article était rédigé en ces termes :

5. Personne ne sera exempté de répondre à aucune question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une poursuite civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit; néanmoins, nul témoignage ainsi rendu ne pourra être utilisé ou ne sera admissible comme preuve contre cette personne dans aucune poursuite criminelle intentée ensuite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure commis en rendant ce témoignage.

Cet article a remplacé l'ancien privilège de common law de ne pas s'incriminer qui permettait à un témoin d'invoquer, dans toute procédure, son privilège de garder le silence. En common law, le témoin ne pouvait être contraint de témoigner dans quelque procédure que ce soit. La version originelle de l'art. 5 a substitué à ce privilège une disposition forçant le témoin à déposer. En échange de la perte du privilège de garder le silence, le témoin obtenait la garantie que son témoignage ne serait pas utilisé contre lui dans toute autre poursuite criminelle sauf, comme je vais le démontrer, dans certaines circonstances.

Lors des débats de la Chambre des communes sur la version originelle de l'art. 5, le ministre de la Justice a retenu l'idée générale que cet article visait

to protect any witness from questions “which would tend to criminate him”: *House of Commons Debates*, vol. XXXVI, 3rd Sess., 7th Parl., March 3, 1893, at p. 1695 (Sir John Thompson). Rising in support of the wording employed in the old s. 5, the Hon. David Mills stated the following, at p. 1697:

The only change made is, that a person is compelled to give evidence that would incriminate himself, but he cannot be incriminated by so doing. [Emphasis added.]

These comments evince a clear legislative intention that s. 5 ought to apply to protect witnesses from having their compelled testimony subsequently used in an incriminating manner. To “be incriminated” is to be incriminated at a later proceeding. As a matter of logic, it does not follow from a prohibition against future “incriminating” use that there exists in s. 5 a prohibition against any use of the testimony, be it incriminating or otherwise.

75

This obvious statement explains a component of s. 5 that is most often forgotten by those who would apply the prohibition to all types of subsequent uses of the testimony. Those who argue that s. 5 is meant to prevent any subsequent use of the testimony for any purpose rely exclusively on certain words enacted in the old s. 5 which survive to the present day. This wording indicates in ostensibly unqualified language that “the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him”. As a matter of legislative interpretation, such a representation of the meaning of s. 5 ignores the proviso in s. 5(2) that a witness is only entitled to request protection under s. 5 where the evidence “may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding”. This reference to incrimination is undoubtedly a reference to the incriminating use of the testimony in subsequent proceedings. Naturally, a person who is called to testify in a matter that will not result in her own incrimination or liability does not fear present incrimination or liability. To take an example, a simple witness called to testify at a friend’s murder trial has no fear of being found guilty of murder in the friend’s proceeding, as the witness has not been charged with murder. The fear that the witness might have relates

à mettre le témoin à l’abri des questions « qui tendent à l’incriminer » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXVI, 3<sup>e</sup> sess., 7<sup>e</sup> lég., 3 mars 1893, p. 1513 (Sir John Thompson). S’affichant en faveur du libellé de l’ancien art. 5, l’honorable David Mills a dit, à la p. 1515 :

Le seul changement qu’il y ait, c’est qu’une personne est forcée de rendre un témoignage qui peut être de nature à l’incriminer, mais elle ne peut être incriminée, en agissant ainsi. [Je souligne.]

Ces commentaires manifestent l’intention claire du législateur que l’art. 5 a pour but de mettre les témoins à l’abri de l’utilisation incriminante subséquente de leur témoignage forcé. « Être incriminé » signifie être incriminé dans une procédure subséquente. Sur le plan de la logique, il ne découle pas de l’interdiction contre l’utilisation « incriminante » subséquente que l’art. 5 comporte une interdiction contre toute utilisation du témoignage, incriminant ou non.

Cette affirmation, qui va de soi, explique une composante de l’art. 5 qu’oublie souvent ceux qui étendraient l’interdiction à tout type d’utilisation subséquente du témoignage. Ceux qui prétendent que l’art. 5 vise à empêcher toute utilisation subséquente du témoignage à quelque fin que ce soit se fondent exclusivement sur certains termes de l’ancien art. 5 qui survivent à ce jour. Ce libellé apparemment catégorique indique que « [la] réponse [du témoin] ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui ». Sur le plan de l’interprétation des lois, pareille représentation du sens de l’art. 5 ne tient pas compte de la condition, prévue au par. 5(2), que le témoin ne peut réclamer la protection de l’art. 5 que si son témoignage « pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile ». Ce renvoi à la notion d’incrimination se veut sans aucun doute un renvoi à l’utilisation incriminante du témoignage dans des procédures subséquentes. Il va de soi qu’une personne appelée à témoigner dans une instance au terme de laquelle elle ne risque pas de s’incriminer ou d’établir sa responsabilité ne craint pas de s’incriminer ou d’établir sa responsabilité dans cette instance. Prenons l’exemple suivant : puisqu’il n’a pas été accusé de meurtre, un simple témoin appelé

wholly to potential future incrimination or liability. It is this fear that Parliament sought to address when it decided to provide the original protection against self-incrimination. Properly understood, the purpose of s. 5 is indelibly linked to incrimination. Subsequent incriminatory use is absolutely forbidden.

Curiously, the original s. 5 was ambiguous regarding whether the witness must claim the s. 5 right in order to take advantage of it (as with the common law privilege). Early Ontario cases held that, absent language in the statute requiring that the witness claim the s. 5 right, the right accorded by s. 5 existed whether the witness claimed it or not: see, for example, *R. v. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678 (H.C.), and *R. v. Hammond* (1898), 29 O.R. 211 (Div. Ct.). In 1898, Parliament amended s. 5 to require that witnesses claim the right at the original proceeding in order to take advantage of it at a later date: see *An Act to amend the Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1898, c. 53. This amended version of the original s. 5 is the one that, with slight modifications, survives to the present date.

Despite the fact that s. 5 had been in force for nearly a hundred years prior to this Court's decision in *Kuldip*, *supra*, no reported cases before it seem to have dealt with the issue of whether prior testimony can be put to the witness so as to impugn that person's credibility. In *R. v. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401 (Alta. S.C., App. Div.), Harvey C.J.A. wrote, in dissent, that "an accused person cannot be contradicted in respect to evidence given under the specified conditions or even cross-examined with respect to it" (p. 414). This comment can be interpreted to suggest that s. 5 of the *CEA* provides a blanket immunity against subsequent use of the testimony given under the umbrella of legislative protection. *Wilmot* did not deal at all with distinguishing

à déposer au procès d'un ami accusé de meurtre ne craint pas d'être déclaré coupable de meurtre dans l'instance mettant en cause son ami. La crainte que pourrait avoir le témoin n'a trait qu'à la possibilité de se voir subséquemment incriminé ou tenu responsable. C'est précisément cette crainte qu'a tenté de dissiper le législateur lorsqu'il a décidé initialement d'accorder la protection contre l'auto-incrimination. Interprété comme il se doit, l'objet de l'art. 5 se rattache de façon inéluctable à l'incrimination. L'utilisation incriminante subséquente de la preuve est strictement interdite.

Curieusement, la version originelle de l'art. 5 comportait une ambiguïté quant à savoir si le témoin devait revendiquer le droit conféré par cet article afin de pouvoir en bénéficier (comme c'était le cas pour le privilège de common law). Dans les premières décisions émanant de l'Ontario, on a statué, qu'en l'absence d'un libellé dans le texte de loi exigeant que le témoin revendique le droit conféré par l'art. 5, ce droit existait peu importe que le témoin l'ait revendiqué ou non : voir, par exemple, *R. c. Hendershott* (1895), 26 O.R. 678 (H.C.), et *R. c. Hammond* (1898), 29 O.R. 211 (C. div.). En 1898, le législateur a apporté des modifications à l'art. 5 pour exiger que les témoins revendiquent le droit en question au cours de la procédure initiale afin de pouvoir en bénéficier subséquemment : voir *Acte modifiant l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1898, ch. 53. C'est cette version modifiée de l'art. 5 qui, à quelques différences près, survit à ce jour.

Malgré le fait que l'art. 5 ait été en vigueur depuis près de cent ans avant l'arrêt rendu par notre Cour dans *Kuldip*, précité, il appert qu'aucune décision publiée avant le prononcé de cet arrêt n'a porté sur la question de savoir si on peut opposer à un témoin son témoignage antérieur en vue de miner sa crédibilité. Dans l'arrêt *R. c. Wilmot*, [1940] 2 W.W.R. 401 (C.S. Alb., Div. app.), le juge en chef Harvey a écrit dans sa dissidence [TRADUCTION] « [qu']un accusé ne peut être contredit sur son témoignage rendu conformément aux conditions prescrites, ni même contre-interrogé à ce sujet » (p. 414). Ce commentaire peut être interprété comme laissant entendre que l'art. 5 de la *LPC* confère une immunité générale contre

76

77

between permissible and impermissible uses of the evidence, though, and any reliance on that language as determinative of the issue would be incorrect. Indeed, none of the cases relied upon by my colleague to support her interpretation of s. 5 as imposing an absolute use immunity actually involved an attempt by the Crown to adduce the evidence so as to impugn the accused's credibility.

78

Essentially, there are no cases prior to *Kuldip* (and its immediate predecessors) that attempt to distinguish between legitimate and illegitimate uses of prior statements made under the protection of s. 5. In fact, the case at bar is the first case I can find where counsel attempted to undermine an accused's credibility through the use of testimony given while under the protection of the *CEA*. The lack of precedent is surprising, given the wording of s. 5 and the comments of members of Parliament that it is meant to protect the witness from incriminating use as opposed to all forms of use.

(b) *Section 13 of the Charter*

79

The above comments, while focussing on s. 5 of the *CEA*, apply with equal vigour to s. 13 of the *Charter*. Section 13 in fact more explicitly delineates the two uses to which prior testimony can be put, be it to incriminate (impermissible) or to impugn credibility (permissible). The right accorded by s. 13 is a right "not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings" (emphasis added). There is no prohibition against using evidence in a manner so as not to incriminate the witness by, for instance, attacking his credibility.

80

Unfortunately, there is no discussion in the transcript of the Special Joint Committee on the

l'utilisation subséquente du témoignage donné sous la protection de la loi. Toutefois, l'arrêt *Wilmot* ne traitait nullement de la distinction entre l'utilisation acceptable et l'utilisation inacceptable du témoignage, et il serait erroné de conférer à ces termes un caractère déterminant sur la question. En vérité, dans aucune des décisions sur lesquelles ma collègue s'appuie pour étayer sa thèse que l'art. 5 prévoit une immunité absolue contre l'utilisation d'un témoignage, le ministère public n'avait tenté de faire admettre en preuve le témoignage de l'accusé pour en attaquer la crédibilité.

En définitive, dans aucune décision antérieure à l'arrêt *Kuldip* (et à ses prédécesseurs immédiats), n'a-t-on tenté de distinguer les utilisations légitimes des déclarations antérieures faites sous la protection de l'art. 5 de celles qui sont illégitimes. En fait, à ma connaissance, le présent pourvoi est le premier dans lequel il est question d'un avocat qui a tenté d'attaquer la crédibilité d'un accusé en se servant du témoignage que celui-ci avait offert sous la protection de la *LPC*. L'absence de précédent est surprenante, compte tenu du libellé de l'art. 5 et des commentaires de députés portant que cette disposition vise à mettre le témoin à l'abri de l'utilisation incriminante de son témoignage, par opposition à tout autre type d'utilisation.

b) *L'article 13 de la Charte*

Quoiqu'ils portent principalement sur l'art. 5 de la *LPC*, les commentaires exprimés précédemment valent également pour l'art. 13 de la *Charte*. En fait, l'art. 13 délimite de façon plus explicite les deux fins auxquelles le témoignage antérieur peut servir, que ce soit pour incriminer le témoin (ce qui est interdit) ou pour attaquer sa crédibilité (ce qui est permis). Le droit que confère l'art. 13 consiste « [en] ce qu'aucun témoignage incriminant qu[e] le témoin] donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures » (je souligne). Il n'y a là aucune interdiction contre l'utilisation du témoignage d'une manière qui n'incrimine pas le témoin, par exemple par la mise en doute de sa crédibilité.

Malheureusement, la transcription du Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada

Constitution of Canada respecting the appropriate uses to which testimony covered by s. 13 could be put. One issue arising from the creation of s. 13 that brought about a great deal of discussion was the scope of the protection offered by s. 13 relative to that offered in s. 5 of the *CEA*. One author, for instance, noted the fact that courts would provide s. 5 protection to witnesses in cases where no determination had been made as to whether the evidence put forward was incriminating at the time: see F. Maczko, "Charter of Rights: Section 13" (1982), *U.B.C. L. Rev.* (Charter ed.) 213, at p. 219. The author points out that s. 13 could be interpreted to require that the court in the second proceeding determine if the testimony was inculpatory or exculpatory at the time it was given. Such an interpretation, the author points out, would provide a lesser form of protection under s. 13 than under s. 5.

The same could be said (and has been said) about the interaction of ss. 5 and 13 relative to the right to cross-examine witnesses on matters going to their credibility. Some commentators feel that the different wording employed in these two sections militates in favour of a different form of protection. The *Charter*, it is argued, creates an express distinction between incriminatory and non-incriminatory statements, while the *CEA* does not. As such, some regard the protection provided by the *Charter* as a lesser form of protection for prior testimony. This is inherently unfair, as it provides an absolute protection to those who request protection, and an attenuated protection for those who do not. The inherent unfairness of providing different levels of protection is even more striking when one considers the fact, noted by Arbour J. in her reasons, that most witnesses come to court without the advice of counsel. To provide an absolute use immunity only to those witnesses who can afford a lawyer who will advise them to seek protection under the *CEA*, or to those intelligent or lucky enough to figure this out on their own, is, in my opinion, manifestly unfair. I observe that this argument found favour with Martin J.A. in *R. v. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11 (Ont. C.A.). To resolve this apparent difficulty, Martin J.A. held

révèle l'absence de discussion sur les fins acceptables auxquelles le témoignage visé par l'art. 13 pourrait servir. Découlant de la création de l'art. 13, la question de l'étendue de la protection qu'offre cet article par rapport à celle qu'offre l'art. 5 de la *LPC* a fait l'objet de nombreux débats. Par exemple, un auteur a observé que les tribunaux accorderaient aux témoins la protection découlant de l'art. 5 en l'absence d'une décision sur le caractère incriminant du témoignage au moment où il a été rendu : voir F. Maczko, « Charter of Rights : Section 13 » (1982), *U.B.C. L. Rev.* (Charter ed.) 213, p. 219. L'auteur souligne qu'on pourrait interpréter l'art. 13 de manière à forcer le tribunal saisi de la seconde procédure à déterminer si le témoignage était de nature inculpatoire ou disculpatoire au moment où il a été rendu. Pareille interprétation, fait valoir l'auteur, aurait pour effet d'accorder au témoin une moins grande protection sous l'art. 13 que sous l'art. 5.

On pourrait en dire autant (et cela a été le cas) de l'interaction entre les art. 5 et 13 quant au droit de contre-interroger des témoins sur des questions touchant leur crédibilité. Certains commentateurs estiment que le libellé différent des deux articles milite en faveur d'une forme de protection différente. La *Charte*, soutient-on, crée une distinction explicite entre des déclarations incriminantes et des déclarations non incriminantes, alors que ce n'est pas le cas de la *LPC*. Partant, certains considèrent que la *Charte* offre un degré moindre de protection en ce qui concerne les témoignages antérieurs. Cette situation est intrinsèquement injuste en ce qu'elle accorde une protection absolue à ceux qui la revendiquent, alors que ceux qui ne la réclament pas ne bénéficient que d'une protection atténuée. Le caractère intrinsèquement injuste du fait d'accorder un degré différent de protection est d'autant plus surprenant lorsque l'on tient compte du fait, mentionné par le juge Arbour, que la plupart des témoins se présentent en cour sans bénéficier des conseils d'un avocat. À mon sens, il est manifestement injuste d'accorder une immunité absolue contre l'utilisation d'un témoignage seulement aux témoins qui peuvent s'offrir les services d'un avocat qui leur conseillera de revendiquer la protection de la *LPC*, ou encore aux témoins suffisamment intelligents ou

that s. 13 creates an absolute prohibition against any subsequent use of the evidence.

82 As my above comments attest, reading ss. 5 and 13 in a different manner respecting the scope of protection they provide does not give proper credence to the wording of the two sections as well as the purposes underlining their enactment. Moreover, as will be seen later, this Court in *Kuldip, supra*, has already recognized that the protection granted by these two sections is coterminous.

(3) General Principles of Evidence — The Search for Truth

83 This interpretation of ss. 5 and 13 is in keeping with the general principles animating the rules of evidence employed in our criminal process. A thorough analysis of the purposes served by the rules of evidence is to be found in two commendable articles: see D. M. Paciocco, “Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 433, and R. C. C. Peck, “The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 456. In the first article, Paciocco observes, rightly in my opinion, that “the primary criteria [*sic*] in considering the virtue in the rules of evidence is the extent to which those rules facilitate the search for the truth” (p. 436). Paciocco goes on to note two decisions by this Court where the goal of truth is espoused. In *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, I state, at p. 483, that “[t]he goal of the court process is truth seeking”. Three years later, Cory J. observed in *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 13, that “[t]he ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth”.

84 I have also, on other occasions, spoken about the goals and purposes the criminal justice system must serve. My comments in *R. v. Howard*, [1989]

chanceux pour le faire d’eux-mêmes. Je note que le juge d’appel Martin a retenu cet argument dans l’arrêt *R. c. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11 (C.A. Ont.). Pour résoudre cette difficulté apparente, le juge Martin a déclaré que l’art. 13 créait une interdiction absolue contre toute utilisation subséquente du témoignage.

Comme mes commentaires précédents l’attestent, donner aux art. 5 et 13 une interprétation différente quant à l’étendue de la protection qu’ils accordent ne rend pas justice au libellé des deux articles, ni aux objectifs qui sous-tendent leur promulgation. Qui plus est, comme nous le verrons plus loin, notre Cour a déjà reconnu dans l’arrêt *Kuldip*, précité, que ces deux articles offraient une protection identique.

(3) Principes généraux de la preuve — La recherche de la vérité

Cette interprétation des art. 5 et 13 est compatible avec les principes généraux exprimés dans les règles de preuve applicables au processus criminel qui est le nôtre. Dans deux articles dignes de mention, on a procédé à une analyse approfondie de l’objet des règles de preuve : voir D. M. Paciocco, « Evidence About Guilt : Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof » (2001), 80 *R. du B. can.* 433, et R. C. C. Peck, « The Adversarial System : A Qualified Search for the Truth » (2001), 80 *R. du B. can.* 456. Dans le premier article, Paciocco fait observer, à bon droit il me semble, que [TRADUCTION] « le critère premier dans l’appréciation de la valeur des règles de preuve est la mesure dans laquelle ces règles facilitent la recherche de la vérité » (p. 436). Paciocco poursuit en faisant mention de deux arrêts dans lesquels notre Cour a adhéré à cette recherche de la vérité. Dans l’arrêt *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, j’ai déclaré à la p. 483 que « [l]e processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité ». Trois ans plus tard, le juge Cory a souligné dans l’arrêt *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, que « [l]’objectif ultime d’un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité » (par. 13).

Je me suis prononcée à d’autres occasions sur les objectifs et les buts que doit servir le système de justice pénale. Les commentaires que j’ai

1 S.C.R. 1337, at p. 1360, remain appropriate to this day:

One cannot over-emphasize the commitment of courts of justice to the ascertainment of the truth. The just determination of guilt or innocence is a fundamental underpinning of the administration of criminal justice. The ends of the criminal process would be defeated if trials were allowed to proceed on assumptions divorced from reality. If a careless disregard for the truth prevailed in the courtrooms, the public trust in the judicial function, the law and the administration of justice would disappear. Though the law of criminal evidence often excludes relevant evidence to preserve the integrity of the judicial process, it is difficult to accept that courts should ever willingly proceed on the basis of untrue facts.

More recently, in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, I made the following remarks (at para. 31):

This Court has taken a flexible approach to the rules of evidence, “reflect[ing] a keen sensibility to the need to receive evidence which has real probative force in the absence of overriding countervailing considerations”: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 623. In the specific context of hearsay evidence, Lamer C.J. speaking for a unanimous Court in *Smith*, *supra*, at p. 932, explained that “[t]he movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination.” Our motivation in reforming the rules of evidence has been “a genuine attempt to bring the relevant and probative evidence before the trier of fact in order to foster the search for truth”: *Levogiannis*, *supra*, at p. 487. These principles must guide all of our evidentiary reform endeavours.

I continue to hold firm to the belief that these principles ought to guide this Court in its deliberations on matters of evidence, including those dealing with the meaning of ss. 5 and 13. Preventing the jury from hearing evidence going to the heart of the accused’s credibility on the grounds that the jury are incapable of properly using it for this just purpose would, in my view, add a barrier to the truth-seeking process which is both unjustified and

formulés dans l’arrêt *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, p. 1360, demeurent pertinents à ce jour :

On ne saurait trop insister sur le devoir des cours de justice de faire ressortir la vérité. La juste détermination de la culpabilité ou de l’innocence est un des attributs les plus fondamentaux de l’administration de la justice pénale. Les fins du processus criminel ne sauraient être atteintes si les procès devaient reposer sur des hypothèses totalement divorcées de la réalité. Si on ne devait pas se soucier de faire éclater la vérité dans les cours de justice, le public perdrait vite confiance dans le pouvoir judiciaire, le droit et l’administration de la justice. Bien que le droit de la preuve en matière pénale exclue souvent des éléments de preuve pertinents afin de préserver l’intégrité du processus judiciaire, il est difficile d’admettre que les tribunaux puissent jamais rendre la justice en se fondant volontairement sur des faits inexacts.

Plus récemment dans l’arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, j’ai tenu les propos suivants (au par. 31) :

Notre Cour a adopté, à l’égard des règles de preuve, une attitude plus souple qui indique qu’elle est « particulièrement sensibl[e] à la nécessité de recevoir une preuve d’une valeur probante réelle en l’absence d’autres considérations dominantes » : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 623. Dans le contexte particulier de la preuve par oui-dire, le juge en chef Lamer, s’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, a expliqué que « [l]’évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu’on s’est rendu compte qu’en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu’elle ne peut être vérifiée au moyen d’un contre-interrogatoire. » Notre motivation à réformer les règles de preuve a été de « véritablement tent[er] de faire en sorte que les éléments de preuve pertinents et probants soient présentés au juge des faits et ce, afin de favoriser la recherche de la vérité » : *Levogiannis*, précité, à la p. 487. Ces principes doivent guider tous nos efforts de réforme en matière de preuve.

Je continue à croire fermement que ces principes doivent guider notre Cour dans ses délibérations en matière de preuve, y compris sur les questions qui portent sur le sens à donner aux art. 5 et 13. Empêcher le jury d’entendre une preuve qui va au cœur de la crédibilité de l’accusé au motif que le jury est incapable de s’en servir judicieusement à cette fin légitime constituerait à mon avis un obstacle de plus, à la fois injustifié et injuste, à la

unjust. My comments below regarding the role of the jury will enunciate this concern more clearly.

86

In “The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth”, *supra*, the author forcefully defends the notion that the search for truth must be qualified in appropriate circumstances where other more valuable principles apply. Ensuring that an accused receives a fair trial, deterring police misconduct, and preserving the integrity of the administration of justice are all laudable goals to which this Court must strive in its rules of evidence, at times to the detriment of full access to the truth. Where these goals are met, however, the search for the truth must, in my view, be the preponderant consideration.

87

With respect to s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*, these provisions go a long way to ensure that the truth is told. A potential witness who would otherwise shy away from telling the truth for fear of subsequent punishment can freely give evidence knowing full well that it will not be used to incriminate him or her. The present case provides a cogent example of this. Absent the protection afforded him by the law, it is highly unlikely that the appellant would have been as eager to testify at his brother’s trial in the manner in which he did. A provision that encourages the witness to testify to the truth in this manner thus serves the fundamental purpose of getting to the truth. In this sense, my colleague’s comments that the witness enters into a contract of sorts are particularly apt. In exchange for the witness’s testimony, the Crown provides a *quid pro quo*: the testimony will not be used so as to incriminate the witness. The fear of future incrimination, which fear compels the witness not to assist the trier of fact in the search for truth, is thereby removed. Without this fear, the evidence is put forward, and the truth is better ascertained.

(4) The Role of the Jury in the Criminal Process

88

In a case such as the present one where fundamental concerns of truth, guilt and credibility arise,

découverte de la vérité. Je ferai état plus clairement de ce sujet de préoccupation dans les commentaires que j’exprimerai plus loin au sujet du rôle du jury.

Dans l’article « The Adversarial System : A Qualified Search for the Truth », *loc. cit.*, l’auteur défend vigoureusement la notion que la recherche de la vérité doit être atténuée dans des cas appropriés lorsque d’autres principes plus importants entrent en ligne de compte. Dans l’application de ses règles de preuve, notre Cour doit, parfois au détriment d’un accès intégral à la vérité, tendre vers les objectifs louables qui consistent à assurer le caractère équitable du procès de l’accusé, à empêcher l’inconduite policière et à maintenir l’intégrité de l’administration de la justice. Cependant, lorsque ces objectifs sont atteints, la recherche de la vérité doit à mon avis l’emporter sur les autres considérations.

Quant aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*, ils contribuent en grande partie à faire ressortir la vérité. Un témoin potentiel qui autrement s’abstiendrait de dire la vérité par crainte de subir une sanction subséquente peut témoigner librement en sachant fort bien que son témoignage ne servira pas à l’incriminer. Le présent pourvoi en est un exemple convaincant. Il est fort peu probable que, sans la protection que lui accorde la loi, l’appelant se serait empressé de témoigner au procès de son frère comme il l’a fait. Une disposition qui incite ainsi le témoin à dire la vérité sert par conséquent les objectifs fondamentaux que sont la recherche et l’atteinte de cette vérité. En ce sens, les commentaires de ma collègue selon lesquels le témoin conclut en quelque sorte un marché s’avèrent particulièrement judicieux. En échange de sa déposition, le ministère public offre au témoin une contrepartie : le témoignage qu’il rendra ne servira pas à l’incriminer. La crainte du témoin de se voir subséquemment incriminé, qui le pousse à ne pas prêter son concours au juge des faits dans la recherche de la vérité, se trouve ainsi dissipée. En l’absence de cette crainte, la preuve est présentée et la vérité est mieux déterminée.

(4) Le rôle du jury dans le processus criminel

Dans un cas comme celui-ci où se posent des questions fondamentales liées à la vérité, à la

one must be mindful of the role the jury are asked and should be asked to play in the criminal justice system. In my opinion, Arbour J.'s decision calls into question the jury's ability to discharge their duties as the final arbiters of fact and truth.

When the Law Reform Commission of Canada set out in the late 1970s and early 1980s to review the law respecting jury formation, jury instructions and other aspects of the jury system, their first task was to come to some conclusions regarding the appropriateness of maintaining juries at all as part of the criminal justice process. In its 1980 working paper, the Commission's views are clearly set out:

We are satisfied that the institution of the jury performs a number of valuable functions in the criminal justice system. Our views on the value of the jury are shared by the Canadian public, trial judges across the country and jurors themselves.

. . .

. . . a survey of Canadian jurors, revealed that the strongest supporters of the jury system are those who are perhaps in the best position to assess its merits — the jurors themselves. A favourable overall view of the jury system was held by 96 per cent of the jurors responding to our survey.

We concluded from our study that the jury system should be retained.

(Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at p. 2)

The Commission goes on to point out, at p. 6, that the jury ought to be regarded as capable of making an accurate determination of the facts in issue:

. . . some commentators allege that the most compelling justification for retention of the jury is that it is a better fact-finder than the judge. For example, Lord du Parc has asserted that "when questions of fact have to be decided . . . there is no tribunal to equal a jury".

culpabilité et à la crédibilité, on doit garder à l'esprit le rôle que le jury est appelé et doit être appelé à jouer, au sein du système de justice pénale. À mon avis, l'opinion du juge Arbour remet en question la capacité du jury de s'acquitter de ses obligations en tant qu'arbitre final des faits et de la vérité.

Lorsqu'à la fin des années 70 et au début des années 80, la Commission de réforme du droit du Canada a entrepris de revoir l'état du droit sur la formation du jury, les directives au jury et d'autres aspects du système du jury, elle devait tout d'abord tirer certaines conclusions sur le bien-fondé du maintien même de l'institution du jury au sein du régime de justice pénale. Dans son document de travail de 1980, la Commission énonce sans équivoque son point de vue :

La Commission pour sa part est convaincue que l'institution du jury remplit un certain nombre de fonctions utiles dans notre régime de justice pénale. Elle croit également que son opinion sur les mérites du système du jury est partagée par le public canadien, par les juges au Canada et par les jurés eux-mêmes.

. . .

Un [. . .] sondage, effectué auprès de jurés canadiens, a révélé que les plus ardents partisans du système du jury sont précisément ceux qui sont peut-être le mieux placés pour juger de sa valeur, soit les jurés eux-mêmes. Quarante-seize (96) pour cent des jurés qui ont répondu à notre enquête se sont montrés favorables, dans l'ensemble, au procès par jury.

Ces études nous ont amené à conclure à la nécessité de maintenir l'institution du jury.

(Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 2)

La Commission poursuit en soulignant, à la p. 6, qu'on doit estimer le jury apte à juger correctement des faits en litige :

. . . certains auteurs ont écrit que l'argument le plus fort en faveur du maintien du jury était sa supériorité sur le juge lui-même dans l'arbitrage des faits. Ainsi, Lord du Parc a affirmé que « lorsqu'il faut trancher des questions de fait, aucun tribunal ne vaut un jury ».

[H. du Parcq, *Aspects of the Law* (1948), at p. 10] Lord Halsbury said: “As a rule, juries are in my opinion, more generally right than judges.” [(1903), 38 *Law Journal* 469] It has even been contended that the jury was “adapted to the investigation of truth beyond any other [system] the world can produce”. [“The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century” (1964), 74 *Yale L.J.* 170, at p. 172, n. 8]

The Commission then sets out its reasons for affirming the jury as the best arbiters of fact, making reference to several studies showing that juries base their decisions on a thorough review of the record and, generally, are quite capable of understanding the case before them. I do not wish to delve any further into this empirical evidence, as this type of evidence was not presented to this Court in the present appeal. It suffices to note that the Law Reform Commission has conducted such a review, and has come to the conclusion that the jury system ought to be retained, not because it is the lesser of any number of evils, but because it is considered to be the best arbiter of truth and evidence. In its subsequent report, the Commission again reiterates that any reform to the jury system should fall short of actually fundamentally altering it, or removing it entirely: Law Reform Commission of Canada, Report 16, *The Jury* (1982), at pp. 5-6.

[H. Du Parcq, *Aspects of the Law* (1948), p. 10] Lord Halsbury a écrit que : « règle générale, le jury a plus souvent raison que les juges ». [(1903), 38 *Law Journal* 469] On a même prétendu que le système du jury était « meilleur pour découvrir la vérité que tout autre système au monde ». [« The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century » (1964), 74 *Yale L.J.* 170, p. 172, n. 8]

La Commission expose par la suite les motifs pour lesquels elle affirme que le jury constitue le meilleur arbitre des faits, renvoyant à plusieurs études démontrant que les jurés fondent leurs décisions sur un examen approfondi du dossier et qu'ils sont, règle générale, fort aptes à comprendre le litige dont ils sont saisis. Je ne souhaite pas m'attarder davantage sur cette preuve empirique, puisque notre Cour ne dispose dans le présent pourvoi d'aucune preuve de cette nature. Qu'il suffise de retenir que la Commission de réforme du droit a entrepris un tel examen et qu'elle est arrivée à la conclusion que l'institution du jury devait être maintenue, non pas parce qu'il s'agit d'un moindre mal, mais bien parce qu'on estime que le jury constitue le meilleur arbitre de la vérité et de la preuve. Dans son rapport subséquent, la Commission a réitéré que toute réforme de l'institution du jury ne devrait pas aller jusqu'à en modifier l'essence ou l'éliminer complètement : Commission de réforme du droit du Canada, 16<sup>e</sup> Rapport, *Le jury* (1982), p. 5-6.

90

Given this appraisal and affirmation of the jury as a body fully capable of discerning the truth from the facts presented to it, and given the fact that Parliament has not seen fit to abolish the jury system in Canada, it is not proper for this Court to base its decision on a misconception of the jury as a body incapable of properly dealing with difficult evidence. No evidence was before the Court in the present case to suggest that juries are, as a whole, unable to use prior testimony in an appropriate manner. Absent such evidence, there does not appear to be a pressing need to make a fundamental change in the law of evidence so as to exclude in all cases a whole series of prior inconsistent statements made while testifying. I reiterate that evidence that the jury as an institution is

Compte tenu de l'évaluation de la Commission et de sa confirmation du rôle du jury comme un organe tout à fait apte à discerner la vérité à partir des faits dont il dispose, et vu que le législateur n'a pas cru bon d'abolir l'institution du jury au Canada, il n'est pas opportun que notre Cour fonde sa décision sur une conception erronée du jury voulant qu'il soit un organe incapable d'utiliser à bon escient des éléments de preuve difficiles. En l'espèce, notre Cour ne dispose d'aucun élément de preuve tendant à démontrer que les jurés ne sont généralement pas en mesure de se servir judicieusement des témoignages antérieurs. En l'absence d'une telle preuve, il n'apparaît pas y avoir un besoin urgent de modifier en profondeur le droit de la preuve de manière à exclure systématiquement toute une série de

fundamentally incapable of properly using this evidence is needed before such a sweeping change should be made.

Eliminating a significant amount of evidence that strikes at the heart of any witness's credibility is also not, in my view, a proper expression of the law, keeping in mind this Court's previous statements respecting evidence in the context of a jury trial. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, the Supreme Court dealt with a constitutional challenge to s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. This section allowed for the cross-examination of accused persons with respect to the existence of any prior convictions. The Court acknowledged the prejudicial effect of admitting such evidence, namely the effect of inculcating in the minds of jurors the notion that prior convictions are determinative of present guilt. The Court, however, recognized the value of exposing before the jury these previous convictions on the basis that their exposition might serve to undermine the accused's credibility.

The existence in *Corbett* of an acknowledged dual purpose to the admission of such evidence (one purpose being legitimate, the other being prejudicial) did not prevent the Court from holding, at pp. 690-91, *per* Dickson C.J., that the jury ought to be exposed to such proof, with the appropriate caution on the use to which they could make of it:

There is perhaps a risk that if told of the fact that the accused has a criminal record, the jury will make more than it should of that fact. But concealing the prior criminal record of an accused who testifies deprives the jury of information relevant to credibility, and creates a serious risk that the jury will be presented with a misleading picture.

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over

déclarations antérieures incompatibles faites au cours d'un témoignage. Je réitère qu'il faut d'abord démontrer que le jury est, en tant qu'institution, fondamentalement incapable d'utiliser cette preuve à bon escient avant de procéder à un changement aussi radical.

En outre, j'estime que l'élimination d'une portion considérable d'éléments de preuve qui vont au cœur de la crédibilité d'un témoin ne reflète pas l'état du droit, compte tenu des principes que notre Cour a déjà énoncés en matière de preuve relative à un procès devant jury. Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, la Cour suprême était saisie d'une contestation constitutionnelle visant le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. Il était possible, aux termes de cette disposition, de contre-interroger des accusés au sujet de leurs condamnations antérieures. Notre Cour a reconnu l'effet préjudiciable découlant de l'admission d'une telle preuve, soit celui d'imprégner l'esprit des jurés de la notion que les condamnations antérieures revêtent un caractère déterminant quant à la culpabilité de l'accusé à l'instance. Notre Cour a cependant reconnu qu'il était utile de porter à la connaissance du jury ces condamnations antérieures étant donné qu'elles pouvaient servir à miner la crédibilité de l'accusé.

La reconnaissance, dans l'arrêt *Corbett*, de la double fin que sert l'admission d'une telle preuve (l'une légitime, l'autre préjudiciable) n'a pas empêché notre Cour de statuer, aux p. 690-691, sous la plume du juge en chef Dickson, que le jury doit être exposé à une telle preuve, dans la mesure où il reçoit une mise en garde appropriée sur les fins auxquelles il peut l'utiliser :

Il y a peut-être le risque que le jury, si on lui apprenait que l'accusé a un casier judiciaire, attache à ce fait plus d'importance qu'il ne le devrait. Cependant, la dissimulation du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne prive le jury de renseignements se rapportant à sa crédibilité et crée un risque sérieux que le jury obtienne une description trompeuse de la situation.

À mon avis, la meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit

the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value.

These comments apply with equal weight to the legal issues before the Court in the case at bar. In the present case, admitting prior testimony will generally serve both to incriminate the appellant and to undermine his credibility. The former use is prejudicial, while the latter is, in my estimation, proper. The jury should be given a chance to make use of this type of evidence, subject to appropriate instructions indicating that they are not to use prior testimony to incriminate the appellant. This is the balance which s. 5 of the *CEA* as well as s. 13 of the *Charter* are designed to strike.

93

This Court ought to be wary of any arguments that proceed to exclude evidence on the basis of the jury's inability to handle it. Indeed, Fish J.A. took the view that no instructions to this jury could have rendered the admission of this type of evidence permissible. In response to these assertions, I take great comfort in the words of our former Chief Justice in *Corbett, supra*, at p. 692:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. We should regard with grave suspicion arguments which assert that depriving the jury of all relevant information is preferable to giving them everything, with a careful explanation as to any limitations on the use to which they may put that information. So long as the jury is given a clear instruction as to how it may and how it may not use evidence of prior convictions put to an accused on cross-examination, it can be argued that the risk of improper use is outweighed by the

faire de ces renseignements. Les règles qui imposent des restrictions aux renseignements pouvant être portés à la connaissance du juge des faits devraient être évitées sauf en dernier recours. Il vaut mieux s'en remettre au bon sens des jurés et leur donner tous les renseignements pertinents, à condition que ceux-ci soient accompagnés de directives claires dans lesquelles le juge du procès précise les limites de leur valeur probante en droit.

Ces commentaires valent tout autant à l'égard des questions de droit dont notre Cour est saisie en l'espèce. Dans le présent pourvoi, l'admission en preuve du témoignage antérieur servira normalement à incriminer l'appelant et à miner sa crédibilité. La première fin comporte un caractère préjudiciable, alors que la dernière est à mon avis légitime. On devrait laisser au jury l'occasion d'utiliser ce type de preuve, sous réserve de directives appropriées lui enjoignant de ne pas se servir du témoignage antérieur de l'appelant pour l'incriminer. Il s'agit là de l'équilibre que l'art. 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte* visent à atteindre.

Notre Cour devrait prendre ses distances avec les arguments militant en faveur de l'exclusion de la preuve au motif que le jury ne saurait qu'en faire. En effet, le juge Fish a affirmé qu'aucune directive au jury n'aurait pu rendre admissible ce type de preuve. Devant cette affirmation, les propos qu'a tenus notre ancien Juge en chef à la p. 692 de l'arrêt *Corbett*, précité, me paraissent très rassurants :

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi. Il faut donc se montrer très méfiant face à des arguments portant qu'il vaut mieux priver les jurés de renseignements pertinents que de tout leur divulguer en prenant bien soin d'expliquer les restrictions imposées à l'usage qu'ils peuvent faire de ces renseignements. Pourvu que le jury reçoive des directives claires quant à la façon dont il peut se servir ou ne pas se servir de la preuve de

much more serious risk of error should the jury be forced to decide the issue in the dark. [Emphasis in original.]

The point is made even more strongly in a passage from *R. v. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279, *per* Addy J., quoted in *Corbett*, *supra*, at p. 695:

. . . I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries, and what has been regarded for centuries as a bulwark of our democratic system and a guarantee of our basic freedoms under the law would in fact be nothing less than a delusion.

I also take comfort in the fact that this Court and all courts in Canada have, from time immemorial, allowed counsel at trial to put to the witness during cross-examination prior inconsistent statements. The jurisprudence is clear that such statements are admissible for the purposes of undermining the witness's credibility, but are inadmissible for any other purpose (most notably, for the purpose of incriminating the witness as accused). The case law has never deemed it improper to put this evidence to the jury, subject to appropriate instructions from the trial judge regarding the one use which the jury may make of this evidence. Support for this proposition can be derived from three cases decided in this Court: see *Miller v. White* (1889), 16 S.C.R. 445, at pp. 452-53; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, *per* Major J.; and *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123, *per* McLachlin J. (as she then was). None of these cases express concerns that, notwithstanding proper instructions, the jury would still be incapable of making proper use of the evidence. It would be inconsistent with this line of cases to determine that prior testimony, which is in substance a form of prior statements, cannot be put to a jury, whereas other, pre-trial statements, can. If the jury are capable of properly using one form of inconsistent statement, what makes them

condamnations antérieures produite au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, on peut prétendre que le risque de mauvais usage cède le pas devant le risque beaucoup plus grave d'erreur qui surgirait si le jury était obligé de se prononcer à l'aveuglette sur la question en litige. [Souligné dans l'original.]

Ce principe est énoncé encore plus vigoureusement dans un extrait tiré de l'arrêt *R. c. Lane* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), p. 279, le juge Addy, et qui est cité dans l'arrêt *Corbett*, précité, p. 695 :

[TRADUCTION] . . . je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être et ce qui a été considéré depuis des siècles comme un bastion de notre système démocratique et une garantie de nos libertés fondamentales se révélerait purement illusoire.

Je suis également rassurée par le fait que, depuis des temps immémoriaux, notre Cour et toutes les cours au Canada ont permis aux avocats au procès d'opposer au témoin, en contre-interrogatoire, ses déclarations antérieures incompatibles. La jurisprudence révèle clairement que pareilles déclarations sont admissibles aux fins de miner la crédibilité du témoin, mais inadmissibles à toute autre fin (tout particulièrement pour incriminer le témoin accusé). Selon la jurisprudence, on n'a jamais jugé inapproprié de saisir le jury de ces déclarations, sous réserve de directives appropriées du juge du procès sur la seule fin à laquelle le jury peut les utiliser. Les trois arrêts suivants émanant de notre Cour étayaient cette proposition : voir *Miller c. White* (1889), 16 R.C.S. 445, p. 452-453, *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, le juge Major, et *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Dans aucun de ces arrêts ne s'est-on soucié de la possibilité qu'en dépit de directives appropriées, le jury soit toujours incapable d'utiliser la preuve à bon escient. On s'écarterait de cette tendance jurisprudentielle en décidant que le jury ne peut être saisi d'un témoignage antérieur, qui est essentiellement une forme de déclaration antérieure, alors qu'il peut être saisi d'autres déclarations antérieures au procès. Si le jury est apte à utiliser à bon escient une forme de déclaration incompatible, qu'est-ce qui le rend

incapable of using the prior inconsistent statement rendered at trial?

(5) Recent Supreme Court Jurisprudence

95 This Court's jurisprudence on the issue of the use of self-incriminating testimony is consistent with the principles outlined above.

96 In *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350, the appellant testified at his first trial and was convicted. A new trial was eventually ordered where the Crown attempted to tender as evidence statements the appellant made at his previous trial. The appellant's testimony at the first trial was not given under the protection of s. 5 of the *CEA*. The Supreme Court was asked to consider whether this evidence was inadmissible pursuant to s. 13 of the *Charter*.

97 Lamer J., as he then was, speaking for the majority, held that the evidence was inadmissible. In so doing, he noted the intimate connection between the right against self-incrimination and the right not to be compelled to testify in one's own proceeding, which right is guaranteed by s. 11(c) of the *Charter*. Both sections function as part of the adversarial process whereby it is up to the Crown to make the case against the accused without the accused's assistance. The Court held that the purpose of s. 11(c) would be thwarted if the accused's prior testimony was used in the subsequent proceedings. Such actions would accomplish indirectly what the Crown cannot do directly, namely, force the accused to testify in their own process:

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. . . . It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

(*Dubois*, *supra*, at p. 358 (emphasis added))

inapte à utiliser la déclaration antérieure incompatible faite au cours du procès?

(5) La jurisprudence récente de la Cour suprême

La jurisprudence de notre Cour sur l'utilisation des témoignages incriminants est compatible avec les principes énoncés précédemment.

Dans l'arrêt *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, l'appelant a témoigné à son premier procès et a été déclaré coupable. On a par la suite ordonné la tenue d'un nouveau procès dans le cadre duquel le ministère public a tenté de mettre en preuve des déclarations que l'appelant avait faites au cours de son premier procès. Le témoignage de l'appelant au premier procès ne bénéficiait pas de la protection de l'art. 5 de la *LPC*. La Cour suprême a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si ce témoignage était inadmissible aux termes de l'art. 13 de la *Charte*.

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Lamer, plus tard Juge en chef, a conclu à l'inadmissibilité du témoignage. Ce faisant, il a souligné le rapport intime qui existe entre le droit de ne pas s'incriminer soi-même et le droit de ne pas être contraint à témoigner à son propre procès, consacré à l'al. 11(c) de la *Charte*. L'article 13 et l'al. 11(c) s'inscrivent dans le processus contradictoire par lequel il appartient au ministère public d'établir une preuve à charge contre l'accusé sans l'aide de celui-ci. Notre Cour a statué que l'utilisation du témoignage antérieur rendu par l'accusé dans des procédures subséquentes ferait échec à l'objectif de l'al. 11(c). On permettrait ainsi au ministère public d'accomplir indirectement ce qu'il ne peut faire directement, c'est-à-dire contraindre l'accusé à témoigner à son propre procès :

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11(c) et (d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer [. . .] Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

(*Dubois*, précité, p. 358 (je souligne))

The Court concludes that use of such prior testimony as part of the Crown's case in chief is absolutely not permitted, as it amounts to an incriminating use. The decision in *Dubois* reflects an appreciation of the fact that s. 13 of the *Charter* (and, by analogy, s. 5 of the *CEA*) is designed to prevent subsequent use of the testimony in an incriminating manner.

In *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, this Court first explicitly recognized the distinction between using prior testimony for the purposes of incriminating the accused, and using prior testimony to attack that person's credibility. The former was held to be an impermissible use. *Mannion* did not decide whether this type of evidence is inadmissible when tendered to undermine credibility. McIntyre J., in speaking for the Court, further observed that when s. 5 of the *CEA* is involved, an absolute prohibition on subsequent use of the testimony would apply. These comments were *obiter*, as s. 5 protection had not been claimed by the accused at his first trial.

The first case to deal directly with the use of prior testimony in order to impeach an accused's credibility is *Kuldip*, *supra*. In that case, the respondent was charged under s. 233(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, with failure to stop at the scene of an accident. The respondent testified, was convicted, but the case was then sent back for a new trial. At the first trial, the respondent testified that he visited a police station on the day of the accident and spoke to a police constable named Brown. The respondent's testimony was that — on a subsequent visit to the police station — P.C. Brown stated that he remembered seeing the respondent at the police station on the day of the accident.

At the respondent's second trial, P.C. Brown was called to give evidence. He stated that he was not working at the station on the day of the car accident. The respondent took the stand and changed his story to say that he thought he remembered P.C. Brown being on duty the day of the accident, when

Notre Cour conclut qu'il est strictement interdit au ministère public d'utiliser ce témoignage antérieur dans le cadre de sa preuve à charge, car cela équivaut à un usage incriminant. La décision rendue dans l'arrêt *Dubois* traduit la reconnaissance du fait que l'art. 13 de la *Charte* (et, par analogie, l'art. 5 de la *LPC*) vise à empêcher que le témoignage soit utilisé subséquemment de manière incriminante.

Dans l'arrêt *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, notre Cour a reconnu explicitement pour la première fois la distinction entre le fait de se servir d'un témoignage antérieur pour incriminer l'accusé et le fait de s'en servir pour attaquer sa crédibilité. On a statué que la première fin était inacceptable. L'arrêt *Mannion* n'a pas permis de trancher la question de savoir si ce type de preuve est inadmissible lorsqu'il vise à miner la crédibilité de l'accusé. S'exprimant au nom de la Cour, le juge McIntyre a en outre fait observer que l'application de l'art. 5 de la *LPC* entraînerait une interdiction absolue contre l'utilisation subséquente du témoignage. Ces commentaires ont été formulés de façon incidente, puisque l'accusé n'avait pas invoqué la protection de l'art. 5 à son premier procès.

L'arrêt *Kuldip*, précité, est le premier à traiter précisément de l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité d'un accusé. Dans cette affaire, l'intimé a été accusé d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident, en contravention du par. 233(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. L'intimé a témoigné et a été déclaré coupable, mais on a ordonné la tenue d'un nouveau procès. À son premier procès, l'intimé a témoigné qu'il s'était rendu à un poste de police le jour de l'accident et qu'il s'était adressé à l'agent Brown. Si l'on se fie au témoignage de l'intimé, lors d'une visite subséquente au poste de police, l'agent P.C. Brown a déclaré se rappeler l'avoir vu au poste de police le jour de l'accident.

Au second procès de l'intimé, P.C. Brown a été appelé à témoigner. Il a affirmé qu'il n'était pas en poste le jour de l'accident d'automobile. L'intimé a témoigné et a modifié sa version des faits pour déclarer qu'il avait cru se souvenir que P.C. Brown était en poste le jour de l'accident alors qu'en fait il

98

99

100

he in fact was not. The respondent at the second trial even reasoned that P.C. Brown could not have been on duty that day. The respondent was confronted by the Crown with the apparent contradiction in the evidence. First of all, the Crown read in the questions and answers from the first trial in which the respondent testified that P.C. Brown was present. The relevant parts of the exchange between the Crown and the accused that followed are set out at pp. 623-24 of the decision:

Question

Do you recall being asked those questions and giving those answers?

Answer

It certainly is familiar. So, I would have to say yes, if it's on the transcript.

Question

Were you trying to tell the truth on the last occasion?

Answer

I was. I certainly, by no means, meant to lie.

Question

Can you explain, sir, how you not only recall that P.C. Brown was present on the 6th of February, but that he actually remembered you, according to your evidence, when you returned on the 2nd of May [*sic*]. . . .

Answer

Well, if I said that, that's what the officer said the day that I visited him.

Question

I see. I take it from that answer that it was the officer who was initially confused and his confusion confused you? Is that right?

Answer

Sorry, I don't understand.

Question

Well, you say - you say you must have said that because the officer told you he remembered you?

Answer

Of course.

ne l'était pas. Au second procès, l'intimé est même allé jusqu'à conclure que P.C. Brown n'a pas pu être en fonction ce jour-là. Le ministère public a opposé à l'intimé la contradiction apparente de son témoignage. Tout d'abord, le ministère public a lu les questions et les réponses tirées du premier procès dans lequel l'intimé a témoigné que P.C. Brown était présent. Les extraits pertinents de l'échange qui s'est ensuivi entre le ministère public et l'accusé sont reproduits aux p. 623-624 de la décision :

[TRADUCTION] Question

Vous souvenez-vous qu'on vous a posé ces questions et que vous avez donné ces réponses?

Réponse

Cela me dit certainement quelque chose. Je devrais donc répondre oui, si cela figure à la transcription.

Question

La dernière fois, tentiez-vous de dire la vérité?

Réponse

Oui. Je n'avais aucunement l'intention de mentir, c'est certain.

Question

Pouvez-vous expliquer, monsieur, comment il se fait que non seulement vous vous rappelez que P.C. Brown était présent le 6 février, mais qu'il se souvenait même de vous, d'après votre témoignage, lorsque vous êtes retourné le 2 mai (*sic*) . . .

Réponse

Eh bien, je l'ai dit, c'est ce que l'agent a dit le jour où je lui ai rendu visite.

Question

Je vois. D'après votre réponse, j'en conclus que c'est l'agent qui s'était embrouillé au départ et que sa confusion vous a embrouillé? Est-ce exact?

Réponse

Je m'excuse, je ne comprends pas.

Question

Bon, vous dites - vous affirmez que vous avez dû dire cela parce que l'agent vous a dit qu'il se souvenait de vous?

Réponse

Bien sûr.

The Crown argued that the purpose of these questions was to undermine the respondent's credibility.

The Ontario Court of Appeal held that this cross-examination was improper. Speaking for the court, Martin J.A. held that s. 5 of the *CEA* imposed a blanket prohibition against subsequent use of a witness's testimony, be it to incriminate the witness or to undermine his or her credibility. Given this blanket prohibition, Martin J.A. felt that it would be unjust to offer a lesser form of protection under s. 13 of the *Charter*, namely, protection only from subsequent incriminating use.

On appeal, this Court held that both s. 13 and s. 5 permit a party to cross-examine another using prior testimony so long as the purpose of the cross-examination is to undermine the witness's credibility. Lamer C.J. speaking for the majority, referred at p. 632 to the following comment of Vancise J.A. in *R. v. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Sask.), at p. 23, in which the learned justice dealt with using a prior statement to discredit the accused:

Such use of a previous statement does not violate the purpose of s. 13 when viewed from the context of s. 11(c) and (d), which is to prevent the accused from being indirectly compelled to incriminate himself. Its purpose is not to insulate the accused from exposure where he has related inconsistent and conflicting evidence, or to protect him from being exposed to a test of credibility.

To the same effect are the comments of Craig J.A. in *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637 (B.C.C.A.), at p. 652:

We are constantly telling juries that a criminal trial is not a contest between the state and the accused but that, rather, it is a solemn inquiry which is conducted in accordance with certain principles with a view to ascertaining the truth. The major concern of every trier of fact is whether the evidence is credible — or to use Wigmore's expression, the "trustworthiness" of the evidence. Wigmore states that "no safeguard for testing the value of human statements is comparable to that furnished

Le ministère public a soutenu que ces questions visaient à miner la crédibilité de l'intimé.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'irrégularité de ce contre-interrogatoire. S'exprimant au nom de la cour, le juge Martin a déclaré que l'art. 5 de la *LPC* comportait une interdiction générale contre l'utilisation subséquente de la déposition d'un témoin, que ce soit pour l'incriminer ou pour miner sa crédibilité. Compte tenu de cette interdiction générale, le juge Martin a estimé qu'il serait injuste que l'art. 13 de la *Charte* confère un degré moindre de protection, c'est-à-dire une protection uniquement à l'encontre d'une utilisation incriminante subséquente.

En appel, notre Cour a statué qu'en vertu tant de l'art. 13 que de l'art. 5, une partie peut en contre-interroger une autre sur son témoignage antérieur, dans la mesure où ce contre-interrogatoire a pour but d'attaquer la crédibilité du témoin. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a cité à la p. 632 les commentaires suivants du juge Vancise dans l'arrêt *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Sask.), p. 23, où celui-ci traitait de l'utilisation d'une déclaration antérieure pour discréditer l'accusé :

[TRADUCTION] Pareille utilisation d'une déclaration antérieure ne contrevient pas à l'objet de l'art. 13, compte tenu des al. 11c) et d), qui visent à empêcher l'accusé d'être indirectement obligé de s'incriminer. Il n'a pas pour but de protéger l'accusé qui a fait des témoignages incompatibles et contradictoires, ou de le mettre à l'abri d'une attaque portée contre sa crédibilité.

Les commentaires exprimés par le juge Craig dans l'arrêt *Johnstone c. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637 (C.A.C.-B.), p. 652, abondent dans le même sens :

[TRADUCTION] Nous expliquons continuellement aux jurys qu'une instruction pénale n'est pas un concours entre l'État et l'accusé mais plutôt une enquête solennelle tenue selon certains principes, en vue de déterminer la vérité. Le juge des faits se soucie toujours de savoir si le témoignage est crédible ou non — ou, pour reprendre l'expression de Wigmore, de la fiabilité du témoignage. Wigmore affirme que « rien ne vaut le contre-interrogatoire pour évaluer les déclarations

101

102

103

by cross-examination . . .” [citation omitted]. Although the Charter may produce a change in some of what I term traditional views in the law, I doubt that the framers of the Charter ever intended that when a trier of fact is assessing the credibility of a witness he cannot consider his previous testimony on the same subject except when the sole purpose of such examination is to incriminate the witness, as in the *Mannion* case. To hold that *any* cross-examination of an accused (or a person in the position of Johnstone) on previous testimony contravenes s. 13 is an unwarranted extension of the right guaranteed by s. 13. [Underlining added; italics in original.]

These comments were affirmed by Lamer C.J. at pp. 633-34 of *Kuldip*, *supra*.

104 The two passages cited by Lamer C.J. indicate most clearly the precise scope of protection afforded by s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. These provisions prevent the subsequent use of testimony for the purposes of incriminating the accused. Using the testimony so as to attack the accused’s credibility is, on the other hand, permitted.

105 Lamer C.J. acknowledged, in *Kuldip*, that evidence of this sort has a tendency to be probative both of the accused’s credibility and of the accused’s guilt. As the trier of fact is not entitled to use such evidence to incriminate the accused, Lamer C.J. felt that a trial judge would have to be clear in instructing a jury on when and how they can use the previous testimony. This would prevent improper use of the evidence. These comments by Lamer C.J. plainly support the notion that using prior testimony to attack an accused’s credibility can and often does have an impermissible incriminating impact upon the accused. The very evidence involved in that case could have been used by a jury as incriminating proof that the accused did not present himself at the police station on the day of the accident. It could also have been used to undermine the later story that the accused had in fact been at the police station on the day in question. There was thus an incriminating element to the proof. Notwithstanding this, the Court was prepared to admit the evidence, subject to a proper charge to

d’une personne . . . » [citation omise]. Bien que la Charte puisse entraîner une modification de certains principes du droit que je considère traditionnels, je doute que les rédacteurs de la Charte aient eu l’intention d’empêcher le juge des faits de tenir compte du témoignage antérieur d’un témoin sur le même sujet, pour évaluer sa crédibilité, sauf si cet examen a uniquement pour but d’incriminer le témoin, comme dans l’arrêt *Mannion*. Prétendre que *tout* contre-interrogatoire d’un accusé (ou d’une personne se trouvant dans la situation de Johnstone) sur un témoignage antérieur contrevient à l’art. 13 constituerait une extension injustifiée du droit garanti par l’art. 13. [Je souligne; en italique dans l’original.]

Le juge en chef Lamer a souscrit à ces commentaires aux p. 633-634 de l’arrêt *Kuldip*, précité.

Les deux extraits cités par le juge en chef Lamer reflètent le plus clairement l’étendue précise de la protection que confèrent l’art. 5 de la *LPC* et l’art. 13 de la *Charte*. Ces dispositions empêchent l’utilisation subséquente du témoignage lorsque celle-ci vise à incriminer l’accusé. Par contre, l’utilisation du témoignage pour attaquer la crédibilité de l’accusé est permise.

Dans l’arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer a reconnu qu’un élément de preuve de ce type tendait à revêtir un caractère probant tant à l’égard de la crédibilité de l’accusé que de sa culpabilité. Comme il n’est pas loisible au juge des faits de se servir de ce témoignage pour incriminer l’accusé, le juge en chef Lamer a estimé que le juge du procès devra donner des directives très claires au jury sur les circonstances dans lesquelles celui-ci pourra faire usage d’un témoignage antérieur et sur la manière de le faire. Ces directives permettront d’éviter que le témoignage soit utilisé à des fins irrégulières. Ces commentaires émanant du juge en chef Lamer étayent purement et simplement la notion selon laquelle l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l’accusé peut avoir et a souvent un effet incriminant inacceptable à l’égard de l’accusé. Le jury aurait pu voir dans le témoignage en cause dans cet arrêt un élément de preuve incriminant qui établit que l’accusé ne s’est pas présenté au poste de police le jour de l’accident. Ce témoignage aurait également pu être utilisé pour contredire la version subséquente selon laquelle l’accusé s’est effectivement

the jury on the appropriate use which they were to make of it.

The Court also addressed the concern that its decision, based as it was on s. 13 of the *Charter*, would lead to unfairness by providing a lesser form of protection than that apparently offered through s. 5 of the *CEA*. As discussed earlier, providing different levels of protection based on whether the protection was claimed hardly seemed appropriate. The Court concluded that ss. 5 and 13 provide the same protection. The only difference between the two sections was that s. 5 protection had to be requested, whereas s. 13 protection was automatically given.

These conclusions of law are clearly set forth by Lamer C.J. in *Kuldip*, at p. 639:

In my opinion, the protection offered by s. 5(2), namely, the guarantee that “the answer so given [by the witness] shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place . . .”, must be interpreted in consideration of the express purpose of allowing the witness to make an objection under s. 5(2). This purpose is expressed clearly in the opening words of s. 5(2) that impose the substantive condition to be fulfilled before the section is made operative: a witness is entitled to object to a question on the grounds that “his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person . . .”. Since the witness is only entitled to object to a question on the grounds that the answer to the question will tend to criminate him, it is only logical that he be guaranteed, in exchange for compelling him to answer the question, that his answer will not be used to criminate him in a subsequent proceeding. A further guarantee that such answer will not be used in cross-examination to challenge the witness’s credibility at a later proceeding would extend beyond the purpose of s. 5(2). With respect for contrary views, testimony given by a witness at a proceeding may, notwithstanding an objection under s. 5(2), be used at a subsequent proceeding in cross-examining the witness if the purpose of such use is to impeach his credibility and not to incriminate the witness.

rendu au poste de police ce jour-là. Le témoignage comportait donc un aspect incriminant. Notre Cour était malgré tout prête à l’admettre, à condition que le jury reçoive des directives appropriées sur l’utilisation qu’il convenait d’en faire.

Notre Cour s’est également attardée sur la possibilité que sa décision fondée sur l’art. 13 de la *Charte* crée une injustice, en ce qu’elle accorderait un degré moindre de protection que celui que paraît conférer l’art. 5 de la *LPC*. Comme il a été exposé précédemment, il ne semble guère approprié d’accorder différents degrés de protection selon que cette protection a été revendiquée ou non. Notre Cour a conclu que les art. 5 et 13 offraient une protection identique. La seule distinction entre les deux articles tient à ce qu’il faut revendiquer la protection de l’art. 5, alors que la protection de l’art. 13 s’applique automatiquement.

Le juge en chef Lamer énonce clairement ces conclusions de droit dans l’arrêt *Kuldip*, p. 639 :

À mon avis, pour interpréter la protection conférée par le par. 5(2), c’est-à-dire la garantie que « sa réponse [du témoin] ne peut pas être invoquée et n’est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite . . . », il faut tenir compte de l’objectif visé en permettant au témoin de formuler une objection en vertu du par. 5(2). Les premiers termes du par. 5(2) expriment clairement cet objectif en imposant la condition de fond à satisfaire avant la mise en application de cette disposition : un témoin peut s’opposer à une question pour les motifs que « sa réponse pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit . . . » Puisque le témoin ne peut s’opposer à une question que si la réponse à la question tendra à l’incriminer, il est tout à fait logique qu’on lui garantis- se, en échange de l’obligation de répondre à la question, que sa réponse ne sera pas utilisée pour l’incriminer dans une procédure subséquente. Garantir de plus que cette réponse ne sera pas employée en contre-interrogatoire pour attaquer la crédibilité du témoin, dans une procédure future, irait au-delà de l’objet du par. 5(2). Avec égards pour l’opinion contraire, le témoignage rendu par un témoin dans une procédure peut, nonobstant une objection formulée en vertu du par. 5(2), être employé lors d’une procédure subséquente en contre-interrogatoire du témoin si cela a pour but d’attaquer sa crédibilité et non de l’incriminer.

106

107

108 This leads to the following conclusion, at p. 642, regarding the interpretation of both s. 5 and s. 13:

It is thus apparent that Martin J.A.'s legitimate policy concern that s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* not provide different protection for an accused, against the use of incriminating statements, does not, in my view, arise. Section 5(2) and s. 13 offer virtually identical protection: a witness who testifies in any proceeding has the right not to have his or her testimony used to incriminate such witness at a later proceeding. Neither s. 5 nor s. 13 prevents the Crown from using the testimony in cross-examination at the later proceeding for the purpose of undermining the witness's credibility. The difference between these sections is that s. 5(2) requires an objection at the first proceedings while s. 13 does not.

Any interpretation of the law that provides for greater use immunity when s. 5 is involved, as opposed to s. 13, runs completely contrary to the clear expression of law enunciated in *Kuldip*.

109 In my opinion, this Court ought to apply the clear principles enunciated in *Kuldip, supra*, to the facts of this case, rather than changing the laws of evidence. *Kuldip* provides for one set of rules to be applied, whether the claim is based on the *Charter* protection or that provided under the *CEA*. The law is clear. If the prior testimony is being tendered so as to incriminate the accused, the evidence is inadmissible. If, on the other hand, the purpose for putting forward the evidence is to undermine the accused's credibility, the evidence ought to be admitted, subject to an appropriate charge by the trial judge to the jury. This has been the state of the law for 12 years. It is a settled matter with which this Court ought not to interfere, absent reasons to suggest that *Kuldip* was wrongly decided. In my opinion, *Kuldip* strikes an appropriate balance between the rights of the accused not to have their previous evidence used to incriminate them, and the need for the jury to be exposed to as much of the truth as can be permitted in a just society. This is the balance that ss. 5 and 13 seek to strike, and this is the balance that this Court ought to uphold.

Il en découle la conclusion suivante, à la p. 642, concernant l'interprétation des art. 5 et 13 :

Il ressort donc que la crainte qu'avait le juge Martin, pour des raisons de principe légitimes, que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte* ne confèrent à l'accusé des protections différentes contre l'emploi des déclarations incriminantes, à mon avis, ne se soulève pas. Le paragraphe 5(2) et l'art. 13 offrent pratiquement la même protection : le témoin qui témoigne dans une procédure quelconque a le droit à ce que son témoignage ne soit pas employé pour l'incriminer dans une procédure subséquente. Ni l'article 5 ni l'art. 13 n'empêchent le ministère public d'employer le témoignage en contre-interrogatoire, dans une procédure subséquente, en vue d'attaquer la crédibilité du témoin. La différence entre ces dispositions est que, contrairement à l'art. 13, le par. 5(2) nécessite qu'une objection soit formulée lors des premières procédures.

Toute interprétation de la loi portant que l'art. 5 prévoit une plus grande immunité contre l'utilisation d'un témoignage que l'art. 13 va totalement à l'encontre des règles de droit clairement énoncées dans l'arrêt *Kuldip*.

À mon sens, notre Cour se doit d'appliquer les principes clairs énoncés dans l'arrêt *Kuldip*, précité, aux faits en l'espèce plutôt que de modifier les règles de preuve. L'arrêt *Kuldip* expose une série de règles à appliquer, que la demande se fonde sur la protection de la *Charte* ou sur celle découlant de la *LPC*. Le droit est clair. Si la production du témoignage antérieur vise à incriminer l'accusé, le témoignage est inadmissible. Si, par contre, la production du témoignage a pour but de miner la crédibilité de l'accusé, il y a lieu de l'admettre dans la mesure où le juge du procès donne des directives appropriées au jury. C'est l'état du droit depuis les 12 dernières années. Il s'agit là d'un principe établi que notre Cour ne devrait pas modifier si aucun motif ne porte à croire que l'arrêt *Kuldip* est erroné. L'arrêt *Kuldip* établit à mon avis un juste équilibre entre les droits de l'accusé de ne pas voir son témoignage antérieur utilisé pour l'incriminer et le besoin pour le jury de connaître la vérité dans toute la mesure où il le peut dans le cadre d'une société juste. C'est l'équilibre que les art. 5 et 13 cherchent à atteindre, et c'est l'équilibre que notre Cour se doit de maintenir.

The result in *Kuldip* was favourably received by two authors who wrote the following:

Since the purpose of the legislation [referring to ss. 5 and 13] is pursuit of truth, it would be very odd to allow such legislative provisions to inhibit that search by permitting a witness to tell one story at trial, and a different story at another trial, and yet be shielded from confrontation with the earlier statement. It is one thing to protect the witness against directly incriminating herself by her own words, using her own words as indicative of guilt, and quite another to protect against the use of an earlier statement to expose defects in her credibility.

(R. J. Delisle and D. Stuart, *Evidence Principles and Problems* (6th ed. 2001), at p. 337)

This reading of the law prevents the incriminating use of the previous testimony. At the same time it does not, and should not, constitute a shield immunizing the witness from her legal obligation to speak truthfully.

Six years after *Kuldip* was decided, this Court in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, held that extending the right to cross-examine the accused on prior statements where the purpose of such cross-examination is to undermine the accused's credibility cannot be permitted where the statement was obtained after another *Charter* provision had been violated (in this case, s. 10(b)). Although in dissent, the following comments of McLachlin J., as she then was, are apposite (at para. 45):

The concern for getting at the truth may weigh against admitting a statement tendered as substantive evidence where there is fear that the *Charter* violation may have rendered it unreliable. The same concern for getting at the truth may weigh in favour of using the same statement in cross-examination to test the accused's credibility and uncover any inaccuracies or fabrications in his evidence in chief. From the perspective of the individual case, it is important to permit the jury to fairly judge the truthfulness of the witness. From the perspective of the trial process as a whole, it is equally important not to permit witnesses to take the stand and fabricate lies free from the fear that they may be cross-examined on earlier contradictory statements.

Deux auteurs ont accueilli favorablement l'issue de l'arrêt *Kuldip* en s'exprimant en ces termes :

[TRADUCTION] Étant donné que l'objectif de la loi [en l'occurrence les art. 5 et 13] consiste en une quête de vérité, il serait très étrange qu'on ait voulu que ces dispositions législatives entravent cette quête en permettant à un témoin de relater une version au procès, puis une version différente à un autre procès, tout en étant à l'abri de la possibilité que la déclaration antérieure lui soit opposée. C'est une chose que de protéger le témoin contre la possibilité qu'il s'incrimine directement par ses propres déclarations, considérées comme un indicateur de culpabilité, mais c'est tout autre chose que de le protéger contre l'utilisation d'une déclaration antérieure visant à relever ses faiblesses sur le plan de la crédibilité.

(R. J. Delisle et D. Stuart, *Evidence Principles and Problems* (6<sup>e</sup> éd. 2001), p. 337)

Cette interprétation du droit fait obstacle à ce que le témoignage antérieur soit utilisé à des fins incriminantes. Par ailleurs, elle ne sert pas et ne devrait pas servir de bouclier pour immuniser le témoin contre son obligation légale de dire la vérité.

Six ans après le prononcé de l'arrêt *Kuldip*, notre Cour a statué dans *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, que le droit de contre-interroger l'accusé sur ses déclarations antérieures en vue d'attaquer sa crédibilité ne peut être invoqué lorsque la déclaration a été obtenue par suite de la violation d'une autre disposition de la *Charte* (en l'occurrence l'al. 10b)). Les commentaires qu'a formulés le juge McLachlin, maintenant Juge en chef, s'avèrent pertinents même s'ils s'inscrivent en dissidence (au par. 45) :

Le souci de découvrir la vérité peut militer contre l'utilisation d'une déclaration produite en tant que preuve de fond, si l'on craint que la violation de la *Charte* l'ait rendue peu fiable. Le même souci de découvrir la vérité peut par ailleurs militer en faveur de l'utilisation de cette déclaration en contre-interrogatoire pour éprouver la crédibilité de l'accusé et faire ressortir les inexactitudes ou les fabrications de son témoignage en interrogatoire principal. Du point de vue du cas individuel, il importe de permettre au jury d'apprécier justement la véracité du témoignage. Du point de vue des procès en général, il est tout aussi important de ne pas permettre que des témoins viennent à la barre fabriquer des mensonges sans craindre d'être contre-interrogés sur des déclarations antérieures contradictoires.

The majority did not comment adversely on this statement of policy. This statement coincides perfectly with this Court's jurisprudence under s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. Allowing a witness to lie on the stand without fear of being contradicted is not something this Court ought to permit.

(6) Comparative Law

112 It is interesting to observe that a few other jurisdictions have had to deal with some or all of the issues that arise in the present case.

(a) *United Kingdom*

113 In the United Kingdom, the state of the law that existed in Canada prior to 1893 is the current state of the law, subject to some modifications. A witness in the United Kingdom is afforded the full right of silence granted by virtue of the common law privilege against self-incrimination. The privilege is best summed up in a passage of Goddard L.J., in *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), at p. 257:

. . . the rule is that no one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose the deponent to any criminal charge, penalty, or forfeiture which the judge regards as reasonably likely to be preferred or sued for.

In England, the privilege against self-incrimination is set out in a series of rules, including the rule that an accused cannot be compelled to testify at his or her own hearing, the voluntary confessions rule, and the prohibition on questioning suspects without providing a caution: see *R. v. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773 (H.L.), at pp. 777-78, *per* Lord Hoffmann. The other rule falling under this rubric is the one conferring a right of silence on any witness. As Lord Hoffmann observes in *Hertfordshire County Council*, at p. 778, these rules are "prophylactic rules designed to inhibit abuse of power by investigatory authorities and to preserve the fairness of the trial".

Les juges majoritaires n'ont pas critiqué cet énoncé de principe. Celui-ci coïncide parfaitement avec la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte*. Notre Cour ne devrait pas permettre qu'un témoin mente à la barre sans craindre d'être contredit.

(6) Le droit comparé

Il est intéressant de noter que d'autres pays ont été confrontés à certaines des questions ou à toutes les questions soulevées dans le présent pourvoi.

a) *Royaume-Uni*

À quelques différences près, l'état du droit contemporain au Royaume-Uni est identique à celui qui existait au Canada avant 1893. Au Royaume-Uni, le témoin jouit d'un droit absolu au silence qui découle du privilège de common law de ne pas s'incriminer. C'est le lord juge Goddard qui, dans cet extrait tiré de l'arrêt *Blunt c. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), p. 257, résume le mieux ce en quoi consiste ce privilège :

[TRADUCTION] . . . la règle veut que personne ne soit obligé de répondre à une question si, de l'avis du juge, la réponse à celle-ci tend à exposer le déposant à une accusation criminelle, à une pénalité, ou [dans une affaire criminelle] à une confiscation, qui, selon le juge, donnerait vraisemblablement lieu à un acte d'accusation ou à une poursuite.

En Angleterre, le privilège de ne pas s'incriminer se reflète dans une série de règles, notamment la règle selon laquelle l'accusé ne peut être contraint de témoigner à son procès, la règle des confessions volontaires et l'interdiction portant qu'on ne peut interroger des suspects sans leur servir de mise en garde : voir *R. c. Hertfordshire County Council, ex parte Green Environmental Industries Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 773 (H.L.), p. 777-778, lord Hoffmann. L'autre règle qui relève de cette rubrique est celle qui confère à tout témoin le droit de garder le silence. Comme le lord Hoffmann l'a fait remarquer dans l'arrêt *Hertfordshire County Council*, p. 778, ces règles sont [TRADUCTION] « des règles préventives conçues pour éviter que les autorités chargées de l'enquête n'abusent de leur pouvoir et pour préserver l'équité du procès ».

The absolute nature of these rules can best be understood as a response to the abusive practices of the prerogative courts of the sixteenth and seventeenth centuries, including the Star Chamber. Fearing such abuse, absolute prohibitions were set up by judges in the eighteenth and nineteenth centuries. These absolute prohibitions are the ones that survive in England to this day. As can be seen, the principle of self-incrimination is, at its core, a principle animated by trial fairness and the prevention of abuse. These principles are given greater emphasis under the common law rule than that of seeking out the truth.

As access to the truth is of vital importance, England has inserted in many of its statutes provisions similar to s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. A reference to all of these provisions is beyond the scope of this judgment. It suffices to note that a collection of important provisions can be found in A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5th ed. 2000), at pp. 564-66.

One such provision was dealt with in *R. v. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385 (C.A.). In that case, the two appellants were charged with several offences relating to the fraudulent evasion of duties on alcohol. In order to explain his activities, one of the appellants spoke of his involvement with some sort of business described as “Anthony Martin International”. Two years prior to the criminal hearing, the appellant had been forced to swear an affidavit as a result of an *ex parte* restraint order granted by another court. The affidavit purported to be a full disclosure of the appellant’s income and its sources. The appellant neglected to mention “Anthony Martin International” in this affidavit. When the Crown attempted to cross-examine the appellant two years later respecting the absence of any reference to “Anthony Martin International” in the affidavit, appellant’s counsel objected. The Court of Appeal was asked to decide whether the Crown could cross-examine the appellant respecting his statements contained in the affidavit.

On comprend mieux la nature absolue de ces règles lorsqu’on les place dans leur contexte, c’est-à-dire en réponse aux pratiques abusives des *prerogative courts* des seizième et dix-septième siècles, y compris de la Chambre étoilée. Craignant ces abus, les juges ont établi aux dix-huitième et dix-neuvième siècles des interdictions de nature absolue. Ces interdictions absolues sont celles qui survivent à ce jour en Angleterre. Comme on peut le constater, le principe interdisant l’auto-incrimination se veut essentiellement un principe fondé sur l’équité du procès et la prévention des abus. La règle de common law accorde plus d’importance à ces principes qu’à la recherche de la vérité.

Comme la découverte de la vérité revêt une importance cruciale, on relève dans de nombreuses lois anglaises des dispositions analogues aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*. Un renvoi à toutes ces dispositions déborderait du cadre des présents motifs. Qu’il suffise de noter que l’ouvrage de A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2000), aux p. 564 à 566, comprend un ensemble de ces dispositions importantes.

L’arrêt *R. c. Martin*, [1998] 2 Cr. App. R. 385 (C.A.), a traité d’une telle disposition. Dans cet arrêt, les deux appelants étaient accusés relativement à plusieurs infractions pour avoir tenté d’éluder les taxes sur l’alcool. Pour expliquer la nature de ses activités, l’un des appelants a parlé de sa participation à une quelconque entreprise qui s’appellerait « Anthony Martin International ». Deux ans avant l’audience en matière pénale, l’appelant avait été contraint de signer un affidavit par suite d’une ordonnance de blocage rendue en son absence par une autre cour. L’affidavit était censé révéler tous les revenus de l’appelant et leur provenance. L’appelant a omis d’y mentionner la « Anthony Martin International ». Lorsque le ministère public a tenté de contre-interroger l’appelant deux ans plus tard sur l’absence de la « Anthony Martin International » dans l’affidavit, l’avocat de l’appelant s’y est opposé. La Cour d’appel a été appelée à déterminer s’il était loisible au ministère public de contre-interroger l’appelant au sujet des déclarations contenues dans l’affidavit.

114

115

116

117

The court first refers to s. 31(1) of the *Theft Act 1968* (U.K.), 1968, c. 60, which statute provides that a person shall not be excused from complying with any order made in proceedings for the recovery or administration of any property on the grounds that to do so may “incriminate” that person. Section 31(1)(b) goes on to state that “no statement or admission made by a person in answering a question put or complying with an order made as aforesaid shall, in proceedings for an offence under this Act, be admissible in evidence against that person”. This paragraph, it should be noted, closely resembles s. 5(2) of the *CEA*. The court agreed that the Crown was not entitled to admit the contents of the affidavit into evidence as part of its case. There then followed the following conclusion, at p. 397, respecting the admission of the evidence in this case:

But the proviso does not, in our judgment, prevent the Crown from cross-examining the deponent, as accused, to credit, in reliance upon the content of an affidavit sworn pursuant to a restraint order. . . .

. . . it would be an affront to common sense if Martin could make two seemingly contradictory statements under oath, without any risk that his veracity could be challenged.

The court’s conclusion is that, where the legislature has indicated that a witness must testify in exchange for which some use immunity is granted, this use immunity does not extend to using the evidence so as to challenge the witness’s credibility in subsequent proceedings. An absolute use immunity is, to borrow the court’s words, an “affront to common sense”. Such a result is consistent with this Court’s jurisprudence in dealing with s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*.

(b) *Australia*

118

In Australia, the common law privilege against self-incrimination has been codified and occasionally modified in most of the evidence statutes in force in its states and territories: see J. D. Heydon, *Cross on Evidence* (6th Aus. ed. 2000), at p. 683.

La cour s’est référée d’abord au par. 31(1) de la *Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 60, qui dispose que nul n’est exempté d’obtempérer à une ordonnance prise dans le cadre d’une instance en recouvrement ou en administration d’un bien au motif que le fait de s’y conformer pourrait l’« incriminer ». L’alinéa 31(1)(b) prévoit en outre [TRADUCTION] « [qu’]aucune déclaration ni aucun aveu émanant d’une personne en réponse à une question ou aux fins de se conformer à une ordonnance susmentionnée n’est admissible en preuve contre elle dans une procédure intentée pour une infraction prévue par la présente loi ». Il y a lieu d’observer que cet alinéa ressemble beaucoup au par. 5(2) de la *LPC*. La cour a convenu qu’il n’était pas loisible au ministère public d’inclure dans sa preuve à charge le contenu de l’affidavit. Elle a conclu ensuite en ces termes, à la p. 397, à propos de l’admission de la preuve :

[TRADUCTION] Cependant, nous sommes d’avis que cette disposition n’empêche pas le ministère public de contre-interroger le déposant, comme accusé, à des fins de crédibilité en se fondant sur le contenu d’un affidavit signé par suite d’une ordonnance de blocage . . .

. . . il serait contraire au sens commun de permettre à Martin de faire deux déclarations assermentées apparemment contradictoires sans craindre de voir la véracité de son témoignage être contestée.

Selon la cour, lorsque le législateur a prévu qu’un témoin devait déposer en échange d’une certaine immunité contre l’utilisation de son témoignage, cette immunité ne s’étend pas à l’utilisation du témoignage aux fins d’attaquer la crédibilité du témoin dans des procédures subséquentes. Une immunité absolue contre l’utilisation du témoignage est, pour reprendre les termes employés par la cour, [TRADUCTION] « contraire au sens commun ». Ce résultat concorde avec la jurisprudence de notre Cour sur les art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*.

b) *Australie*

En Australie, le privilège de common law de ne pas s’incriminer a fait l’objet d’une codification et a subi occasionnellement des modifications dans la plupart des lois sur la preuve en vigueur dans les États et territoires australiens : voir J. D. Heydon,

The effect of codification differs from state to state.

In Tasmania, for example, s. 128 of the *Evidence Act 2001*, No. 76 of 2001, affirms the common law rule, but provides for protection whenever the witness chooses or is required to testify. A witness who testifies is granted a certificate from the trial judge immunizing him or her from subsequent prosecution (except in the case of perjury). Queensland has simply codified the common law rule entitling the witness to remain silent on the ground that any answer may tend to incriminate him: see s. 10 of the *Evidence Act 1977*, 26 Eliz. II No. 47. At the other end of the spectrum lies Victoria, where s. 29 of the *Evidence Act 1958*, No. 6246, provides that the witness cannot object to answering any question on the ground that such answers may incriminate him. This prohibition only applies to evidence that is “relevant and material” to the issues before the court in the first proceeding.

The rationale for maintaining the common law privilege appears to be the same in Australia as in the United Kingdom. It is designed to protect individuals from being compelled to convict themselves by their own testimony, and from being subjected to the abuses of the state that were prevalent prior to the creation of the privilege: see, on this point, the judgment of Kirby P. in *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. v. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), at p. 421. As with the United Kingdom, the goals of seeking out and obtaining the truth play a secondary role to those of preventing abuse and testimonial compulsion in Australian law. It is for this reason that the rules of evidence in Australia typically sacrifice access to the truth in order to protect putative witnesses from these apparent harms.

These policy concerns are attenuated to a degree where the state has created rules for the admission of the evidence with protections against subsequent use. In the case of *R. v. Guariglia*, [2000]

*Cross on Evidence* (6<sup>e</sup> éd. Aus. 2000), p. 683. Les conséquences de la codification diffèrent d'un État à l'autre.

En Tasmanie, par exemple, l'art. 128 de la *Evidence Act 2001*, No. 76 of 2001, confirme la règle de common law, mais accorde une protection au témoin qui choisit ou est contraint de déposer. Un témoin qui fait une déposition se voit accorder par le juge du procès un certificat qui le soustrait à toute poursuite subséquente (sauf dans le cas de parjure). Le Queensland a tout simplement codifié la règle de common law permettant au témoin de garder le silence au motif que sa réponse est susceptible de l'incriminer : voir l'art. 10 de la *Evidence Act 1977*, 26 Eliz. II No. 47. Victoria se situe à l'autre extrémité de l'éventail avec l'art. 29 de la *Evidence Act 1958*, No. 6246, qui dispose que le témoin ne peut refuser de répondre à une question au motif que ses réponses risquent de l'incriminer. Cette interdiction ne s'applique qu'aux éléments de preuve [TRADUCTION] « pertinents et déterminants » quant aux questions dont la cour est saisie lors de la première procédure.

Il appert que la raison d'être du maintien du privilège de common law est la même en Australie qu'au Royaume-Uni. Ce privilège vise à empêcher que des personnes soient contraintes, par leur propre témoignage, de reconnaître leur culpabilité et de subir les abus étatiques qui sévissaient avant sa création : voir à cet égard la décision du président Kirby dans l'arrêt *Accident Insurance Mutual Holdings Ltd. c. McFadden* (1993), 31 N.S.W.L.R. 412 (C.A.), p. 421. Comme au Royaume-Uni, les objectifs de recherche et de découverte de la vérité cèdent le pas en droit australien aux objectifs de la prévention des abus et de la contrainte à témoigner. C'est ainsi qu'en matière de preuve, en Australie, la recherche de la vérité est généralement sacrifiée au bénéfice de la protection accordée aux témoins éventuels contre ces dangers apparents.

Dans les cas où l'État a prévu des règles d'admissibilité du témoignage assorties de protections relatives à son utilisation subséquente, il y a lieu de nuancer quelque peu ces énoncés de principe.

119

120

121

VSC 13, for instance, the accused refused to answer questions in a murder trial on the grounds that these answers might expose him to perjury. The answers to these questions would apparently have contradicted those the accused gave at his own murder trial. The accused was convicted of contempt for refusing to answer these questions. Speaking about the right to silence, the court states that the witness has an obligation to testify to the whole truth, and concludes (at para. 28) that,

if the law were otherwise, the tribunal of fact may be left with the uncontradicted and unchallenged evidence of a witness against whom it would not be entitled to draw an adverse inference as to credit by reason of the reliance upon the privilege.

The court concludes that the witness was required to testify, and finds him guilty of contempt.

122

One can take from this decision a clear policy statement that courts will not permit the privilege against self-incrimination to be used to obfuscate the truth by permitting the witness to tell two different stories while denying the trier of fact access to the presence of such differences through the mantra of self-incrimination.

(c) *New Zealand*

123

New Zealand has also maintained the common law privilege against self-incrimination. With respect to witnesses who testify in any civil proceeding, this privilege is codified in s. 4 of the *Evidence Act 1908*, No. 56. The authors of a leading New Zealand evidence textbook point to a number of statutory provisions that serve to modify the common law rule by, for instance, providing that the witness must testify in exchange for some sort of subsequent use immunity: see *Cross on Evidence* (6th N.Z. ed. 1997), at pp. 283-85. The authors also point to the fear of compelling witnesses to testify against themselves as the basic rationale for the maintenance of the common law privilege (p. 279). The authors also acknowledge that such a rationale can serve to militate against

Par exemple, dans *R. c. Guariglia*, [2000] VSC 13, à l'occasion d'un procès pour meurtre, l'accusé a refusé de répondre à des questions au motif que ses réponses pourraient l'exposer à des accusations de parjure. Les réponses aux questions auraient, semble-t-il, contredit celles qu'avait données l'accusé à son propre procès pour meurtre. L'accusé a été déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir refusé de répondre aux questions. S'exprimant sur le droit au silence, la cour a déclaré qu'il incombe au témoin de dire toute la vérité et a conclu en ces termes, au par. 28 :

[TRADUCTION] [S]'il en était autrement en droit, le juge des faits pourrait se retrouver avec le témoignage non contredit d'un témoin à l'égard duquel il ne pourrait tirer une conclusion négative quant à la crédibilité en raison du privilège que ce témoin a invoqué.

La cour a conclu que le témoin était contraint de témoigner et l'a déclaré coupable d'outrage au tribunal.

On peut dégager de cette décision l'énoncé de principe clair selon lequel les tribunaux s'assureront que le privilège de ne pas s'incriminer ne soit pas utilisé pour obscurcir la vérité en permettant au témoin de relater deux versions différentes tout en niant au juge des faits, au nom du mantra de l'auto-incrimination, le droit d'être saisi des différences entre les deux versions.

c) *Nouvelle-Zélande*

La Nouvelle-Zélande a également maintenu le privilège de common law de ne pas s'incriminer. La *Evidence Act 1908*, No. 56, codifie ce privilège à son art. 4 en ce qui concerne les témoins déposant dans une instance civile. Les auteurs d'un important ouvrage de doctrine sur la preuve en Nouvelle-Zélande signalent l'existence d'un certain nombre de dispositions législatives destinées à modifier la règle de common law, notamment en prévoyant que le témoin doit déposer en échange d'une certaine immunité contre l'utilisation subséquente de son témoignage : voir *Cross on Evidence* (6<sup>e</sup> éd. N.Z. 1997), p. 283-285. Ces auteurs soulignent en outre que le maintien du privilège de common law se fonde essentiellement sur la crainte de voir les témoins forcés de témoigner contre eux-mêmes

the discovery of crimes, such discovery being in the public interest.

(d) *United States*

The United States has gone further than the previous three jurisdictions by constitutionalizing the privilege against self-incrimination. The constitutional privilege appears in state constitutions as well as in the well-known Fifth Amendment, which provides that “[n]o person shall . . . be compelled . . . to be a witness against himself”. The rationale for the Fifth Amendment privilege continues to be a great mystery. Various rationales for the Fifth Amendment have been put forward from time to time, including the prevention of state abuse, the protection of privacy, and the fear of making findings of guilt based on unreliable, coerced testimony: see *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 1, at pp. 454-58. The authors of *McCormick on Evidence* note, however, that there do exist critics of the privilege. These critics argue that the privilege unjustifiably denies the state access to important sources of reliable information. This, say some critics, places too high a price for the values the Fifth Amendment apparently serves to protect.

The privilege operates in favour of both an accused and a non-accused witness. With respect to the latter, the witness is required to claim the privilege. Typically, the claim is not made as a blanket claim, but comes in the form of specific objections to specific questions. When a witness objects, it is up to the trial judge to assess whether the testimony could be incriminatory. The test for determining whether the evidence is incriminatory is taken from the case of *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951). The U.S. Supreme Court held, in that case, that the witness is entitled to object, except in cases where it is “*perfectly clear*” that the witness is mistaken respecting the incriminatory effect of the evidence and where the testimony “*cannot possibly have such tendency to incriminate*” (p. 488

(p. 279). Qui plus est, ils reconnaissent qu’un tel fondement peut s’inscrire à l’encontre de l’objectif d’intérêt public qui consiste à faire la lumière sur les crimes.

d) *États-Unis*

Les États-Unis ont fait un pas de plus que les trois pays précédents en conférant un statut constitutionnel au privilège de ne pas s’incriminer. On retrouve ce privilège constitutionnel dans les constitutions des États comme dans le célèbre Cinquième amendement, qui dispose que [TRADUCTION] « [n]ul ne pourra être contraint de témoigner contre lui-même ». Un grand mystère entoure encore le fondement du privilège que confère le Cinquième amendement. On a avancé de façon sporadique divers fondements au Cinquième amendement, notamment la prévention des abus commis par l’État, la protection de la vie privée et la crainte qu’il y ait des déclarations de culpabilité fondées sur un témoignage forcé et non digne de foi : voir *McCormick on Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1999), vol. 1, p. 454-458. Cependant, les auteurs de *McCormick on Evidence* font observer que ce privilège s’est attiré des détracteurs. Ceux-ci font valoir que le privilège prive de façon injustifiée l’État de l’accès à d’importantes sources d’information fiable. Certains d’entre eux prétendent que ce serait un prix trop élevé à payer pour les valeurs que le Cinquième amendement vise apparemment à protéger.

Le privilège protège tant l’accusé que le témoin non accusé. Ce dernier est tenu de l’invoquer pour en bénéficier. Plus souvent qu’autrement, la demande du témoin à cet égard ne revêt pas un caractère général, mais prend la forme d’objections précises à des questions précises. Lorsque le témoin élève une objection, il appartient au juge du procès de déterminer si son témoignage pourrait s’avérer incriminant. L’arrêt *Hoffman c. United States*, 341 U.S. 479 (1951), énonce le critère applicable à la détermination du caractère incriminant du témoignage. La Cour suprême des États-Unis a statué dans cet arrêt que le témoin peut refuser de répondre, sauf dans les cas où il est [TRADUCTION] « *tout à fait clair* » que le témoin s’est mépris sur l’effet incriminant du témoignage et que celui-ci [TRADUCTION] « ne peut

(emphasis in original)). This formulation basically renders all testimony subject to the privilege except that which only gives rise to a fanciful possibility of incrimination.

126

In order to obtain access to the witness's testimony at the first proceeding, several states have attempted to avoid the strictures of the Fifth Amendment by enacting what are known as "use immunity" statutes: see *McCormick on Evidence, supra*, at p. 513. These statutes compel the witness to testify in exchange for promises not to use the testimony at later proceedings. The tendency in these statutes is to wait for the witness to claim their privilege before granting a use immunity. The trial judge will grant this immunity after the witness claims the privilege, and after the prosecution seeks a grant of immunity. Because of the existence of the Fifth Amendment, it is necessary that the statutory use immunity protect witnesses to the same extent as they would be had they been permitted to invoke their constitutional right to silence. A statutory immunity that offers anything less would violate the Fifth Amendment.

127

In *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979), the U.S. Supreme Court dealt directly with the question of whether witness testimony given under the protection of a use immunity agreement could be used to impeach that witness's credibility at a subsequent proceeding. The respondent Portash was compelled to testify before a grand jury. Portash claimed privilege, but was compelled to testify pursuant to a statute then in force in New Jersey. This same law provided that the testimony "shall not be used against such public employee in a subsequent criminal proceeding" (*New Jersey Public Employees Immunity Statute*, N.J. Stat. Ann. §2A:81-17.2a2 (West 1976)). Portash was later indicted on several counts.

*en aucun cas tendre à l'incriminer* » (p. 488 (en italique dans l'original)). En somme, cette formulation rend le privilège applicable à tout témoignage, sauf s'il s'agit d'un témoignage dont le caractère incriminant ne peut que relever de la fantaisie.

En vue de recueillir la déposition du témoin lors de la première procédure, plusieurs États ont tenté d'éviter les contraintes imposées par le Cinquième amendement par la promulgation de ce qu'on peut appeler des lois relatives à [TRADUCTION] « l'immunité contre l'utilisation du témoignage » : voir *McCormick on Evidence, op. cit.*, p. 513. Ces lois forcent le témoin à déposer en échange de la promesse que son témoignage ne sera pas utilisé dans des procédures subséquentes. Il ressort de ces lois que l'immunité contre l'utilisation du témoignage n'est accordée en règle générale que lorsque le témoin invoque son privilège. Le juge du procès accordera cette immunité dès que le témoin aura invoqué le privilège et dès que la poursuite aura réclamé que l'immunité soit conférée. En raison du Cinquième amendement, il est nécessaire que l'immunité légale contre l'utilisation du témoignage offre aux témoins le même degré de protection que s'il avait été loisible à ceux-ci d'invoquer leur droit constitutionnel de garder le silence. Toute immunité légale qui accorderait un degré de protection moindre contreviendrait au Cinquième amendement.

Dans l'arrêt *New Jersey c. Portash*, 440 U.S. 450 (1979), la Cour suprême des États-Unis a traité précisément de la question de savoir si la déposition faite par un témoin sous la protection d'une entente d'immunité contre l'utilisation de son témoignage pouvait servir à attaquer la crédibilité de ce témoin dans une procédure subséquente. L'intimé Portash a été forcé à témoigner devant un grand jury. Il a invoqué le privilège, mais s'est vu contraint de témoigner en vertu d'une loi alors en vigueur au New Jersey. Cette même loi prévoyait que le témoignage [TRADUCTION] « ne peut être utilisé contre ce fonctionnaire dans une procédure pénale subséquente » (*New Jersey Public Employees Immunity Statute*, N.J. Stat. Ann. §2A:81-17.2a2 (West 1976)). L'intimé Portash a par la suite été accusé sous plusieurs chefs.

At the trial, the trial judge ruled that the prosecution was permitted to use the testimony to impeach Portash's credibility. An appeal was allowed, and the case sent to the Supreme Court. The majority in the Supreme Court held that the Fifth Amendment privilege protects against any use of compelled testimony in subsequent proceedings. To use the compelled testimony for any purpose would violate the Fifth Amendment. Essentially, if Portash had been held to be entitled to claim a right to silence, no evidence would have existed either to incriminate him or to impeach his credibility. Allowing the prosecution under statute to use the testimony to impeach the witness would diminish the absolute protection afforded by the Fifth Amendment. In short, the prosecution was held not to be permitted to use the evidence as a means of impeaching the witness.

This result appears to be consistent with the Fifth Amendment, given the latter's strenuous and absolutely prohibitive wording. No statutory provision or rule can be construed so as to diminish the Fifth Amendment's overwhelming protection. This result can quite easily be compared with the one reached in *Martin*, *supra*, where the statutory use immunity provision did not have to compete with any absolute constitutional right to silence. The result in *Portash*, then, is a result tailored to the unique right of silence found in the Fifth Amendment. A similar result does not obtain in Canada, where our *Charter* and Constitution generally do not employ language like that found in the Fifth Amendment. An absolute prohibition against subsequent use of the compelled evidence is entirely in keeping with American law, but such a result cannot be justified in Canada on the same grounds.

(e) *General Comments — Comparative Law*

Canada appears to maintain a unique position in the common law world as the only country to

Au procès, le juge du procès a déterminé que la poursuite pouvait se servir du témoignage de l'intimé Portash pour attaquer sa crédibilité. L'appel de la décision a été accueilli, et le litige a été porté devant la Cour suprême. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont statué que le privilège que confère le Cinquième amendement offre une protection contre toute utilisation d'un témoignage forcé dans des procédures subséquentes. L'utilisation d'un témoignage forcé à quelque fin que ce soit contreviendrait au Cinquième amendement. Essentiellement, si on avait conclu qu'il était loisible à l'intimé Portash d'invoquer le droit de garder le silence, aucun élément de preuve n'aurait pu servir à l'incriminer ou à attaquer sa crédibilité. Permettre à la poursuite, aux termes d'une loi, de miner la crédibilité du témoin en se servant de son témoignage aurait pour effet d'éroder la protection absolue qui découle du Cinquième amendement. En définitive, la Cour suprême a statué qu'il n'était pas loisible à la poursuite d'utiliser ce témoignage en vue d'attaquer la crédibilité du témoin.

Cette conclusion paraît compatible avec le Cinquième amendement, compte tenu de son libellé catégorique énonçant une interdiction totale. On ne peut interpréter une disposition ou une règle légale de manière à amoindrir la protection absolue que confère le Cinquième amendement. On peut fort aisément comparer cette conclusion à celle de l'arrêt *Martin*, précité, où la disposition légale d'immunité contre l'utilisation du témoignage ne s'opposait pas à un droit constitutionnel absolu de garder le silence. La conclusion de l'arrêt *Portash* est donc adaptée au droit au silence propre au Cinquième amendement. L'issue n'aurait pas été la même au Canada, où le libellé de notre *Charte* et de notre Constitution n'est généralement pas analogue à celui du Cinquième amendement. Une interdiction absolue contre l'utilisation subséquente du témoignage forcé est résolument conforme au droit américain, mais un tel résultat ne peut se justifier au Canada à partir des mêmes motifs.

e) *Commentaires d'ordre général — Droit comparé*

Étant le seul pays à avoir entièrement aboli le privilège de common law de ne pas s'incriminer, le

have completely abolished the common law privilege against self-incrimination. Some of the jurisdictions noted above have gone some way toward abolishing the privilege in certain specific cases. Where the common law privilege remains, courts and doctrinal writers agree that the basis for the privilege is the fear of compulsion and abuse of power, this fear being rooted in historical accounts of the practices of courts such as the Star Chamber. This fear is said to override the goal of seeking out and discovering the truth. As a result, some truth is made inaccessible for the sake of these other goals. Where the common law rule has been modified or entirely repealed, the rationale for such modification or repeal generally changes. The fact, though, that the rule has been repeatedly replaced by provisions resembling s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter* suggests that access to the truth has become a principal consideration in some instances. This is reflected in decisions such as *Martin, supra*, where the court held that prior testimony can be put to an accused so as to undermine his or her credibility, notwithstanding the presence of a statutory use immunity resembling s. 5 of the *CEA*.

(7) The Opinion of Arbour J.

131

In my opinion, my colleague's reasons ignore the fundamental precepts discussed earlier and, as a result, provide a *quid pro quo* to the witness that is more broad than what is required to achieve the goals provided for in s. 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter*. In her opinion, Arbour J. takes the view that the witness should incur no risk in testifying to matters that are incriminating at the time the evidence is given, as long as the witness claims the protection of s. 5 at the first proceeding. According to her, if the evidence is incriminating at the time it is given and if s. 5 protection is claimed, the Crown is not entitled, at a subsequent proceeding, to use the evidence at all. This includes a prohibition against using the testimony to test the witness's credibility.

Canada paraît jouir d'un statut unique dans les ressorts de common law. Certains pays mentionnés précédemment ont entrepris dans une certaine mesure d'abolir le privilège dans des cas précis. Lorsque le privilège de common law subsiste, les tribunaux et les auteurs de doctrine s'entendent pour dire que le privilège se fonde sur la peur de la contrainte et de l'abus de pouvoir, cette peur étant enracinée dans la relation historique des pratiques des tribunaux tels que la Chambre étoilée. On prétend que l'objectif de recherche et de découverte de la vérité cède le pas devant cette peur. En conséquence, la vérité se trouve en partie occultée au nom de ces autres objectifs. Là où la règle de common law a été modifiée ou entièrement abrogée, ce changement ou cette modification dépend des motifs qui la sous-tendent. Cependant, le fait que des dispositions semblables aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte* aient été maintes fois substituées à la règle de common law donne à penser que, dans certains cas, la recherche de la vérité est devenue la considération première. On le constate dans des arrêts tels que *Martin*, précité, où la cour a statué qu'on pouvait opposer à l'accusé son témoignage antérieur pour miner sa crédibilité et ce, malgré l'existence d'une immunité légale contre l'utilisation du témoignage qui est analogue à l'art. 5 de la *LPC*.

(7) L'opinion du juge Arbour

À mon avis, les motifs de ma collègue ne tiennent pas compte des préceptes fondamentaux dont il a été question précédemment et, partant, accordent au témoin une contrepartie plus importante que ne le requiert l'atteinte des objectifs consacrés aux art. 5 de la *LPC* et 13 de la *Charte*. Dans ses motifs, le juge Arbour adopte le point de vue selon lequel le témoin ne devrait courir aucun risque en témoignant sur des questions incriminantes au moment où le témoignage est rendu, dans la mesure où il revendique la protection fondée sur l'art. 5 au cours de la première procédure. Selon elle, si le témoignage est incriminant au moment où il est rendu et si la protection de l'art. 5 est invoquée, le ministère public ne peut en aucun cas en faire usage dans une procédure subséquente. Cette interdiction vise notamment l'utilisation du témoignage dans le but de jauger la crédibilité du témoin.

With respect, no principled system of justice, and indeed no criminal system concerned with ascertaining the truth, would ever agree to enter into such an arrangement. Witnesses who are called to testify under this contract could change their story at a subsequent hearing with utter impunity, as they cannot be cross-examined with respect to the fact that their story has changed. In such a situation, the credibility of the witness is falsely presented to the jury. Since the Crown is not capable of showing that the accused in the subsequent proceeding is telling a completely different story from what he told at the earlier proceeding, the jury are left with the false impression that the accused's uncontradicted story is the product of a credible individual. A system of justice that prevents the jury or the trier of fact from reviewing past testimony for glaring inconsistencies or even direct lies is a system of justice that has lost faith in the jury's ability to be true arbiters of fact. Hiding the truth in a subsequent case to this extent in exchange for a better chance at the truth at the earlier proceeding is not the appropriate bargain envisioned by the law. It is not the agreement mandated by s. 5 of the *CEA*.

The biggest problem with my colleague's reasoning is her understanding of s. 5 as some sort of contractual arrangement. While I agree with the contractual analogy insofar as the Crown is said to benefit from the witness's testimony in the first proceeding in exchange for some sort of use immunity in any subsequent proceeding, the analogy must end there. If the concept is best understood as a contract between witness and Crown, then let us examine its terms. The witness promises to tell the truth. In exchange for this promise, the Crown promises to abide by s. 5 of the *CEA*, granting the witness some protection from the future use of the evidence. This arrangement ensures that the Crown is granted access to the

En toute déférence, dans aucun système judiciaire qui s'appuie sur des principes et, en fait, dans aucun système pénal dont l'objectif consiste en la découverte de la vérité, ne permettrait-on qu'un tel arrangement soit conclu. Les témoins appelés à témoigner en vertu de ce contrat pourraient modifier leur version des faits en toute impunité lors d'une audience subséquente, vu qu'ils ne peuvent être contre-interrogés sur les différences entre chaque version. En pareil cas, on se trouve à présenter au jury une image trompeuse de la crédibilité du témoin. Puisque le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que l'accusé relate dans la procédure subséquente une version tout à fait différente de celle qu'il a donnée au cours de la procédure antérieure, il subsiste dans l'esprit du jury la fausse impression que la version non contredite de l'accusé est celle d'une personne crédible. Un système judiciaire dans lequel le jury ou le juge des faits se voit empêché de soumettre le témoignage antérieur à un examen pour en dégager les incohérences manifestes, ou même les purs mensonges, est un système où on a perdu toute confiance en la capacité du jury d'être un véritable arbitre des faits. Du point de vue du droit, améliorer les chances de faire ressortir la vérité dans le cadre de la procédure antérieure en occultant à ce point la vérité lors d'une procédure subséquente ne représente pas le juste marché qu'on envisageait de conclure. Il ne s'agit pas de l'entente prescrite par l'art. 5 de la *LPC*.

Le problème le plus grave que soulève le raisonnement de ma collègue est qu'elle considère l'art. 5 comme un certain type d'arrangement contractuel. Bien que je souscrive à l'analogie avec un contrat dans la mesure où on prétend que le ministère public bénéficie de la déposition faite par le témoin dans la première procédure en échange d'un certain type d'immunité contre l'utilisation du témoignage dans toute procédure subséquente, j'estime que l'analogie s'arrête là. Si la meilleure façon de comprendre ce concept consiste à le qualifier de contrat entre le témoin et le ministère public, attardons-nous à l'examen des modalités de ce contrat. Le témoin promet de dire la vérité. En échange de sa promesse, le ministère public lui

truth so as to better prosecute the accused at the first proceeding.

134

Taking this contract analogy further, the witness then testifies in accordance with his promise, apparently telling the truth (which he is contractually bound to do). At the second proceeding, the witness (now accused) tells a completely different story. Since this person has sworn or affirmed to tell the truth at his own trial, and since this person is contractually bound to tell the truth at the first proceeding, it follows that the accused has either perjured himself, or has breached a fundamental condition of the agreement. Because my colleague extends an absolute use immunity to the accused in this situation, the Crown can never find out whether the accused lied at the first proceeding or is lying at the second. The Crown, like the jury, has to accept the second story as true. As such, it follows that the accused must be deemed to have breached the condition to tell the truth at the first proceeding. Using strict contractual principles, this repudiation of the contract by the accused, if accepted by the Crown, brings the contract to an end. The Crown is now no longer obligated by contract to fulfil its end of the bargain. It can now, based purely on contract principles, cross-examine the accused at will, using the prior testimony without consequence. That said, it would be a breach of statute for the Crown to cross-examine at will. In short, the contract analogy leads invariably to a situation where the accused receives the full benefit of the contract, whereas the Crown is left with an unenforceable bargain. It is for this reason that the Court ought not to countenance such an absurd arrangement.

promet de respecter l'art. 5 de la *LPC* en lui accordant une certaine protection contre l'utilisation subséquente de son témoignage. Aux termes de cet arrangement, le ministère public s'assure d'obtenir la vérité afin de mieux poursuivre l'accusé dans le cadre de la première procédure.

Si on pousse plus loin l'analogie avec un contrat, le témoin rend ensuite son témoignage conformément à sa promesse en disant, selon toute apparence, la vérité (ce qu'il est contractuellement tenu de faire). Lors de la deuxième procédure, le témoin (maintenant accusé) relate une version tout à fait différente. Étant donné qu'il s'est engagé sous serment ou par déclaration solennelle à dire la vérité à son propre procès, et vu qu'il a été contractuellement tenu de dire la vérité lors de la première procédure, il s'ensuit que soit l'accusé s'est parjuré, soit il a manqué à une condition essentielle de l'entente. Du fait que ma collègue étende à l'accusé, dans un tel cas, l'immunité absolue contre l'utilisation de son témoignage, le ministère public ne peut jamais savoir si l'accusé a menti au cours de la première procédure ou s'il ment lors de la deuxième. Comme le jury, le ministère public doit accepter la deuxième version comme étant la vraie. Il en découle que l'accusé est présumé avoir manqué à la condition de dire la vérité lors de la première procédure. Si on se fie aux principes strictement contractuels, cette résiliation unilatérale du contrat par l'accusé met un terme au contrat si le ministère public accepte la résiliation. Le ministère public n'est désormais plus tenu en vertu du contrat d'assumer la part d'obligations qui lui revient. Strictement sur le fondement des principes contractuels, il peut désormais contre-interroger l'accusé comme il l'entend en se servant impunément de son témoignage antérieur. Cela dit, le ministère public contreviendrait à la loi s'il contre-interrogeait l'accusé à sa guise. Bref, l'analogie avec un contrat mène invariablement à une situation où l'accusé jouit de tous les avantages que lui confère le contrat, alors que le ministère public se retrouve avec un marché devenu inexécutoire. C'est pour cette raison que notre Cour ne devrait pas admettre un arrangement aussi absurde.

My colleague appears to support an arrangement whereby one who tells two different stories at two different proceedings merely risks being brought on perjury charges. This is similar to the Diplock model of contract as primary obligations, the breach of which gives rise either to a remedy of specific performance, or a secondary obligation of damages: see *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556 (H.L.), at p. 566. While I acknowledge that perjury is a secondary consequence to telling two different stories before a court of law, it does not follow that it ought to be the only consequence. A perjury conviction can be too small a price to pay once the primary obligation to tell the truth has been apparently breached. Section 5 of the *CEA* and s. 13 of the *Charter* allow for the use of the prior testimony to impeach the credibility of the witness. That, coupled with the potential for a perjury conviction, is an appropriate consequence for breaching the primary obligation to tell the truth at the first proceeding. It also happens to be the consequence mandated by *Kuldip, supra*. In short, it is one thing to countenance making a deal with the devil. It is quite another to sell him one's soul.

My colleague's interpretation of s. 5 is nothing short of an overruling of express aspects of the decision in *Kuldip*. The *Kuldip* principle is that an accused can be cross-examined regarding prior testimony if the purpose of such examination is to undermine the accused's credibility. This principle applies whether the accused's prior testimony is protected under s. 13 of the *Charter* or s. 5 of the *CEA*. If my colleague wishes to overrule aspects of a decision that has stood as the leading authority in this country for 12 years, she should simply say so and provide cogent reasons to that effect. I joined the five-line dissent of Wilson J. in *Kuldip*. Nevertheless, there comes a time when one must acknowledge that finality in the jurisprudence on certain settled matters outweighs one's dissent at one time. Respect for precedent is important: it fosters consistency. In the case of *Kuldip* in particular, there has been no

Ma collègue paraît appuyer une position voulant que celui qui relate deux versions différentes dans le cadre de deux procédures différentes ne risque que d'être poursuivi pour parjure. Cette conception s'apparente au modèle de contrat proposé par lord Diplock, qui l'assimile à des obligations premières dont l'inexécution donne lieu, à titre de réparation, soit à l'exécution en nature, soit à l'obligation secondaire de verser des dommages-intérêts : voir *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556 (H.L.), p. 566. Bien que je convienne que le parjure représente une conséquence secondaire de deux versions différentes devant une cour de justice, il ne s'ensuit pas que le parjure doive en être la seule conséquence. Une déclaration de culpabilité pour parjure peut s'avérer un bien petit sacrifice lorsqu'il y a eu manquement apparent à l'obligation première de dire la vérité. L'article 5 de la *LPC* et l'art. 13 de la *Charte* permettent que le témoignage antérieur soit utilisé pour attaquer la crédibilité du témoin. Cette fin, assortie de la possibilité d'une déclaration de culpabilité pour parjure, constitue une conséquence appropriée au manquement à l'obligation première de dire la vérité lors de la première procédure. Il se trouve également qu'il s'agit là de la conséquence prescrite par l'arrêt *Kuldip*, précité. Bref, c'est une chose que de tolérer de faire un pacte avec le diable. C'est tout autre chose que de lui vendre son âme.

L'interprétation de l'art. 5 qu'adopte ma collègue constitue un renversement de certains aspects explicites de l'arrêt *Kuldip*. Le principe consacré dans l'arrêt *Kuldip* veut qu'un accusé puisse être contre-interrogé sur son témoignage antérieur si ce contre-interrogatoire vise à miner sa crédibilité. Ce principe s'applique que le témoignage antérieur de l'accusé soit protégé en vertu de l'art. 13 de la *Charte* ou de l'art. 5 de la *LPC*. Si ma collègue souhaite renverser certains aspects d'une décision de principe établie au pays depuis 12 ans, elle devrait simplement l'affirmer et s'appuyer sur des moyens convaincants à cet égard. J'ai souscrit à la dissidence de six lignes du juge Wilson dans l'arrêt *Kuldip*. Cependant, il vient un temps où force est de reconnaître que la finalité de la jurisprudence sur certaines questions bien établies l'emporte sur la dissidence que peut exprimer un juge à un moment donné. Le

outcry — quite the contrary — respecting its application through the years. More importantly perhaps in this case, the overruling of any part of *Kuldip* was simply not argued at all and I do not think that this Court should take it upon itself, absent arguments to reverse its jurisprudence, to overrule its own case, more so one of such recent vintage. While my colleague attempts to justify her reasons as a resurrection of *Kuldip*, she has, quite simply, killed much of it.

#### (8) Summary of Principles

137

While I have earlier set out what I believe are the appropriate principles to apply in the present case, namely those espoused in *Kuldip*, it is perhaps necessary at this juncture to summarize them. First of all, the use immunity that arises when a witness testifies is the same whether the witness has claimed the protection afforded by s. 5 of the *CEA* or not. Secondly, this use immunity prevents the prosecution from using the witness's testimony in any subsequent proceedings for the purpose of incriminating the witness (who is now the accused in his or her own proceeding). In order to accomplish this, and given the fact that a great deal of evidence that is tendered to impugn a witness's credibility also has the effect of incriminating him or her, it will be necessary in most cases for the trial judge to instruct the jury with respect to the appropriate use to which they can put the evidence. Occasionally, instructions to the jury will have to be made during the trial, as occurred in the present case, so as to pre-emptively prepare the jury for the evidence they will hear. I agree with Arbour J. that the danger of the evidence being used to incriminate the accused depends a great deal on the nature of the evidence as well as the circumstances of the case. The greater the danger of incrimination, the more explicit the instructions to the jury will need to be to prevent the evidence from being used to impermissibly incriminate the accused.

respect du précédent est important : il favorise la cohérence. Dans le cas de l'arrêt *Kuldip*, en particulier, son application n'a provoqué aucun tollé — bien au contraire — au fil des années. Fait peut-être plus important dans le présent pourvoi, on n'a nullement plaidé le renversement d'une partie quelconque de l'arrêt *Kuldip* et je ne suis pas d'avis qu'en l'absence d'arguments militant en faveur d'un renversement jurisprudentiel, notre Cour devrait entreprendre de son propre chef de renverser sa propre décision, surtout lorsqu'il s'agit d'une décision aussi récente. Bien que ma collègue tente de justifier ses motifs en donnant une nouvelle vie à l'arrêt *Kuldip*, elle se trouve à l'annihiler en grande partie.

#### (8) Sommaire des principes

Bien que j'aie déjà exposé ce qui, selon moi, constitue les principes appropriés applicables au présent pourvoi, savoir ceux adoptés dans l'arrêt *Kuldip*, il est peut-être nécessaire à cette étape-ci de les résumer. Premièrement, l'immunité contre l'utilisation d'un témoignage, dont bénéficie la personne qui témoigne, est similaire, que cette dernière ait ou non revendiqué la protection fondée sur l'art. 5 de la *LPC*. Deuxièmement, cette immunité empêche la poursuite de se servir de la déposition du témoin (qui est maintenant l'accusé) pour l'incriminer dans toute procédure subséquente. Pour atteindre cet objectif et compte tenu du fait qu'une grande partie du témoignage présenté pour attaquer la crédibilité d'une personne a également l'effet de l'incriminer, il sera nécessaire dans la plupart des cas que le juge du procès donne au jury des directives sur la fin légitime à laquelle celui-ci peut utiliser le témoignage. Le juge devra occasionnellement donner des directives au jury au cours du procès, comme ce fut le cas en l'espèce, question de le préparer d'avance aux témoignages qu'il s'apprête à entendre. Je conviens avec le juge Arbour que le danger de voir le témoignage de l'accusé utilisé pour l'incriminer dépend largement de la nature du témoignage ainsi que des circonstances de l'affaire. Plus le danger d'incrimination est grand, plus les directives au jury devront être explicites afin d'empêcher que le témoignage de l'accusé soit utilisé, de manière inacceptable, pour l'incriminer.

(9) Application

Having determined the proper principles that apply in the present case, it remains for me to apply those principles to the evidence the respondent sought to tender in cross-examining the appellant.

The Crown's cross-examination of the appellant dealt mostly with the appellant's prior testimony at his brother's trial and preliminary hearing. A typical example of the type of cross-examination involved can be gauged from the following passage:

[TRANSLATION]

Q. I'm going to go a bit farther. I asked you this question:

. . .

“Q. You told police that it was Serge who touched him, right?”

A. Yes.

Q. And when you say ‘touched’?

A. He was all over him.

Q. He was all over him, and during that time what were you doing?

A. I was holding him.”

A. No, I wasn't there myself.

Q. But that's what you told the judge?

A. Yes, it was a bunch of lies.

There is nothing, in my opinion, that is offensive in this line of questioning. By this point in the trial, the appellant has already indicated that he did not participate whatsoever in the victim's murder. He is then read portions of his previous testimony which seem to contradict the new story. He is asked which version is true, in a sense. His response is that the first story is merely a bunch of lies.

Where Arbour J. takes offence with this line of questioning is in respect of questions that seek to obtain from the witness evidence as to which version of the story is true. In her opinion, such

(9) Application

Les principes applicables au présent pourvoi ayant été exposés, il me reste à les appliquer aux éléments de preuve que l'intimé a cherché à produire à l'occasion du contre-interrogatoire de l'appellant. 138

Le contre-interrogatoire que le ministère public a mené portait largement sur le témoignage antérieur que l'appellant avait rendu au procès et à l'enquête préliminaire de son frère. L'extrait suivant nous offre un parfait exemple du type de contre-interrogatoire dont il est question : 139

Q. Je m'en vais un peu plus loin. Là, je vous pose la question, là :

. . .

« Q. Comme vous l'avez dit aux policiers, est-ce que Serge l'a frôlé lui? »

R. Oui.

Q. Puis quand vous dites ‘frôlé’?

R. Il se collait dessus.

Q. Il se collait dessus et pendant ce temps-là vous faisiez quoi?

R. Je le tenais. »

R. Non, j'étais pas là, moé.

Q. Mais c'est ça que vous avez répondu à Madame le Juge?

R. Oui, c'étaient des menteries.

Ce type de questions n'a, à mon avis, rien d'inapproprié. À ce stade du procès, l'appellant a déjà déclaré n'avoir participé d'aucune manière que ce soit au meurtre de la victime. On lui lit alors des extraits de son témoignage antérieur qui semblent contredire la nouvelle version. On lui demande laquelle des versions est en quelque sorte la vraie. Il répond que la première version ne se résume qu'à un tas de mensonges.

L'opposition du juge Arbour à ce type de questions tient au fait que celles-ci visent à arracher au témoin une déclaration quant à savoir quelle version est la vraie. À son avis, de telles questions 140

questions must have been designed to elicit admissions, which admissions would constitute an incriminating use of the prior testimony. With respect, I do not regard such questions as constituting an attempt to incriminate the appellant.

141

The appellant, when asked questions respecting the veracity of the previous story, always has a number of options in answering. The first option is to indicate that the previous testimony is full of lies, as in the example noted above. At the appellant's trial, this was the typical answer. The appellant could also answer by saying that the testimony he gave at the previous trial is true, but that it is being told from the perspective of his brother. During his own trial, the appellant often indicated that many of the stories he had told at the previous trial were based on descriptions given by his brother. In essence, then, the appellant's story was that he had not lied at the previous trial, but merely failed to indicate that the story he told was one his brother had told him. Examples of this type of testimony are numerous. In the following passage, the Crown begins by relating the story that the appellant told the jury at his brother's trial. This is followed by the appellant's explanation for the apparent inconsistency between that story and the one being told in the current trial:

[TRANSLATION]

Q. That evening, December 16th, Mr. Noël, you said, not the evening of December 16th but June 9th, you told the jury that's when the little boy had stopped at the karate school - who told you that?

A. He told me that.

Q. O.K. Serge told you?

A. Yes.

If the jury believe the appellant, it follows that the appellant's story at his brother's trial with respect to the karate club is entirely true, albeit subject to the caveat that the story is taken from the brother's description as opposed to the appellant's observations. The appellant's answer, therefore, may not undermine his credibility in the eyes of the jury.

doivent avoir été conçues pour soutirer des aveux, lesquels constitueraient une utilisation incriminante du témoignage antérieur. Avec égards, je ne suis pas d'avis que ces questions masquent une tentative d'incriminer l'appellant.

En réponse aux questions qu'on lui a posées sur la véracité de l'ancienne version, l'appellant a toujours disposé d'un certain nombre d'options. La première option consiste à affirmer que le témoignage antérieur est un tissu de mensonges, comme dans l'exemple mentionné ci-dessus. C'est la réponse qui ressortait le plus souvent au procès de l'appellant. L'appellant pourrait également répondre que le témoignage qu'il a rendu au premier procès est vrai, mais qu'il est relaté du point de vue de son frère. À son propre procès, l'appellant a souvent indiqué qu'une grande part de ce qu'il avait relaté au procès antérieur s'appuyait sur des descriptions que lui avait fournies son frère. Essentiellement, donc, l'appellant déclare qu'il n'a pas menti au procès antérieur, mais qu'il a tout simplement omis de préciser que la version qu'il relatait était celle de son frère. Des exemples de ce type de témoignage abondent. Dans l'extrait suivant, le ministère public commence par exposer la version que l'appellant a donnée au jury au procès de son frère. L'appellant explique ensuite l'incompatibilité apparente entre cette version et celle qu'il relate au procès en cours :

Q. Ce soir-là le seize (16) décembre, monsieur Noël, ce que vous avez dit, pas le soir du seize (16) décembre, mais le neuf (9) juin, quand vous avez dit au jury que le petit gars s'était arrêté à l'école de karaté où c'est que vous avez pris ça, vous?

R. C'est des choses que lui m'a dites.

Q. O.K. C'est des choses que Serge vous a dites?

R. Oui.

Si le jury croit l'appellant, il s'ensuit que la version qu'a donnée l'appellant au procès de son frère à propos de l'école de karaté est tout à fait vraie, quoique soumise à la réserve selon laquelle elle provient de la description fournie par le frère de l'appellant plutôt que des observations de l'appellant lui-même. Par conséquent, la réponse de l'appellant peut ne pas mettre en cause sa crédibilité aux yeux du jury.

Finally, the appellant's answers to the Crown's questions were often explanations of his previous testimony. At his brother's trial, the appellant testified at length about how his brother and the victim came to his home, and went into the basement together. The appellant added that he went down to be with the two of them about two minutes later. This testimony, coupled with the previous testimony where the appellant indicates that he held the victim's legs while his brother killed him in the appellant's basement, would seem to contradict the appellant's present testimony about being wholly unaware of the victim's death until after he was killed. The Crown thus put these statements to the appellant in the present trial, with the following result:

[TRANSLATION]

Q. . . .

“Q. O.K. so then you went down into the basement?”

A. Yes.”

A. Later, when I heard a noise, yes.

Q. O.K. That's what you're telling me today?

A. Yes.

Q. But at that time, this is what you told me, that you waited a couple of minutes and then you went into the basement.

A. When I heard a noise.

The appellant's answer was that his previous testimony coincides with his current testimony. His reference at his brother's trial to descending into the basement was in reference to going down after the victim was killed. Taken in isolation, the prior testimony could have been used to attack the appellant's story that he was not present before or during the killing, as the prior evidence had the effect of suggesting otherwise. The appellant's answer is that he did not lie at the previous hearing. Such an answer, if believed, would do nothing to damage the appellant's credibility. Rather, it could be evidence of consistency.

The foregoing examples illustrate the importance of asking the appellant questions respecting the

Enfin, les réponses de l'appelant aux questions du ministère public se résumaient souvent à des explications sur son témoignage antérieur. Au procès de son frère, l'appelant a expliqué en détail comment son frère et la victime s'étaient rendus chez lui puis étaient descendus au sous-sol ensemble. L'appelant a ajouté qu'il était descendu les rejoindre environ deux minutes plus tard. Lorsqu'on interprète cette version conjointement avec le témoignage antérieur dans lequel l'appelant a déclaré avoir tenu les jambes de la victime alors que son frère l'assassinait dans le sous-sol de l'appelant, elle semble contredire le témoignage actuel de l'appelant portant qu'il n'a eu connaissance du décès de la victime qu'après l'assassinat de celle-ci. Dans le cadre du procès en cours, le ministère public a opposé ces déclarations à l'appelant, avec le résultat suivant :

Q. . . .

« Q. O.K. fait que là, vous êtes descendu dans cave?

R. Oui. »

R. Après, quand j'ai entendu du bruit, oui.

Q. O.K. C'est ce que vous me dites aujourd'hui?

R. Oui.

Q. Mais à cette époque-là c'est ça que vous m'avez dit, vous avez attendu une couple de minutes puis après vous êtes descendu dans cave.

R. Quand j'ai entendu du bruit.

L'appelant a répondu que son témoignage antérieur coïncide avec son témoignage actuel. Au procès de son frère, lorsque l'appelant se référait à la descente au sous-sol, il voulait dire qu'il y était descendu après l'assassinat de la victime. Du fait qu'il laissait entendre autre chose, le témoignage antérieur pris isolément aurait pu servir à contester la version de l'appelant qu'il n'était présent ni avant ni pendant l'assassinat. L'appelant a répondu qu'il n'avait pas menti à la première audience. Si on lui prêtait foi, cette réponse ne serait nullement préjudiciable à la crédibilité de l'appelant. Elle pourrait même servir à démontrer la cohérence de ses propos.

Les exemples précédents révèlent toute l'importance de poser des questions à l'appelant sur la

veracity of the previous testimony. Such questions are not designed to elicit admissions with respect to the previous evidence (which would be improper). Rather, those types of questions ensure that the witness is given the opportunity to either confirm that the previous testimony is contradictory, or dismiss the contradiction. Failing to ask those questions would, in my view, be problematic, as it would fail to accord the witness the right to confirm or deny the contradiction. Simply reading in the prior testimony, with a confirmation from the witness that he spoke the words being read in, is, in my view, highly prejudicial to the witness. Something more is required to ensure that the jury are made aware of the existence (or non-existence) of a contradiction. The Crown attorney cannot simply assume the existence of the contradiction and put it to the jury as an actual fact. The impugned questions are designed, in my opinion, to attack the witness's present credibility.

144 It is worth noting, at this point, that the questions to which my colleague objects are relatively similar to those this Court found to be acceptable in *Kuldip*. The passage from the transcript in that case (at pp. 623-24), reproduced earlier (*supra*, at para. 100), shows that the Crown in *Kuldip* did in fact ask the witness to explain why he had made certain contradictory statements at the earlier trial. He could have answered much in the same way as the appellant did in the present case: that the first story was a lie; or that the first story was being told from another person's perspective (unlikely); or that the first story was true, subject to further explanation. If the Crown's request for clarification in that case was not objectionable, how can there be a complaint about the Crown's questions in the present matter?

145 It is true that such questions also have an incriminating effect, by suggesting that the prior testimony is true. It is up to the trial judge to ensure that the jury do not use the prior testimony in an inappropriate manner. As discussed earlier, there is no valid reason to keep the evidence from the jury simply because they could use it to incriminate the

véracité de son témoignage antérieur. Ces questions ne visent pas à lui soutirer des aveux quant au témoignage antérieur (ce qui serait irrégulier). Ce type de questions permet plutôt de donner au témoin l'occasion soit de confirmer que le témoignage antérieur est contradictoire, soit de résoudre toute contradiction. L'omission de poser ces questions soulèverait un problème à mon avis, car le témoin se verrait privé du droit de confirmer ou de résoudre la contradiction. À mon sens, la simple lecture du témoignage antérieur, assortie d'une confirmation du témoin qu'il a effectivement prononcé les mots lus, s'avère hautement préjudiciable à l'égard du témoin. Il faut davantage pour s'assurer que le jury soit mis au courant de la présence (ou de l'absence) d'une contradiction. Le substitut du procureur général ne peut simplement supposer qu'il existe une contradiction et la soumettre au jury comme un fait prouvé. J'estime que les questions contestées visent à attaquer la crédibilité du témoin dans le procès en cours.

Il convient de noter à ce stade-ci que les questions auxquelles ma collègue s'oppose ressemblent plus ou moins à celles que notre Cour a jugées acceptables dans l'arrêt *Kuldip*. L'extrait tiré de la transcription figurant aux p. 623-624 de cet arrêt, reproduit précédemment au par. 100, montre que le ministère public avait effectivement demandé au témoin d'expliquer pourquoi il avait fait certaines déclarations contradictoires au procès antérieur. Le témoin aurait pu répondre à peu près de la même façon que l'appelant en l'espèce : que la version antérieure était fausse, qu'elle s'appuyait sur le point de vue d'une autre personne (peu vraisemblable) ou qu'elle était vraie, sous réserve d'autres explications. Si la demande de précisions du ministère public n'était pas contestable dans cette affaire, sur quel motif peut-on en l'espèce contester les questions posées par le ministère public?

Certes, de telles questions comportent également un effet incriminant du fait qu'elles sous-entendent que le témoignage antérieur est vrai. Il appartient au juge du procès de s'assurer que le jury ne fasse pas mauvais usage du témoignage antérieur. Comme il en a été question précédemment, il n'y a aucune raison valable de priver le jury d'un

appellant. Such an attitude demeans the jury by suggesting that they are incapable of properly dealing with this evidence. Our faith in the jury system is a hollow one if such an attitude is allowed to prevail.

As an aside, I wish to comment on Fish J.A.'s reference to a portion in the transcript of approximately 40 pages. In his dissent, Fish J.A. hints at the fact that the Crown simply read in the transcript of the previous trial for a long period of time (accumulating 40 pages of transcript), after which time defence counsel interjected. Having read the record, I cannot concur with this assessment. Reading the 40 pages that precede counsel's comment, one can observe that a significant portion of the transcript was taken up with comments from counsel and from the bench. Moreover, once the Crown resumed its cross-examination, it put large portions of the appellant's previous testimony to the appellant. The appellant indicated that he was lying when he earlier said that he saw a number of kids enter a karate club. The appellant stated that he lied in testifying that he saw the victim stop at this same club. The appellant testified that his previous testimony regarding certain comments the victim made about karate was based on what his brother told him. Finally, the appellant stated at trial that his previous testimony that the victim seemed scared of the appellant was a lie. In sum, the 40 pages to which Fish J.A. makes reference are not merely an example of the Crown reading in previous testimony. In fact, they are a perfect example of the Crown putting the testimony to the appellant so as to attack his credibility.

Turning to the trial judge's instructions to the jury, it is my view that they appropriately delineated the two purposes for which the evidence could be used, and the one purpose for which the jury were entitled to use it. Before the Crown began asking questions with respect to the recorded conversation the appellant had with two other convicts, the trial

témoignage simplement parce qu'il pourrait s'en servir pour incriminer l'appellant. Une telle attitude dévalorise le jury, car on insinue que celui-ci est incapable de se servir à bon escient du témoignage. La confiance dont nous témoignons à l'égard du système du jury s'avère illusoire si on permet qu'une telle attitude triomphe.

En passant, je voudrais commenter la référence du juge Fish à un extrait de la transcription comportant environ 40 pages. Dans sa dissidence, le juge Fish a insinué que le ministère public a simplement lu la transcription du premier procès pendant longtemps (40 pages de transcription au total), après quoi l'avocat de la défense s'est élevé contre cette façon de faire. Ayant pris connaissance du dossier, je ne peux me ranger à cet avis. Lorsqu'on lit les 40 pages qui précèdent le commentaire de l'avocat, on constate qu'une portion considérable de la transcription se compose de commentaires émanant des avocats et du juge. Qui plus est, lorsque le ministère public a repris son contre-interrogatoire, il a opposé à l'appellant de longs extraits tirés du témoignage antérieur de celui-ci. L'appellant a déclaré qu'il avait menti lorsqu'il avait affirmé précédemment avoir vu des enfants entrer dans une école de karaté. L'appellant a dit qu'il avait menti lors de son témoignage portant qu'il avait vu la victime s'arrêter à la même école. L'appellant a affirmé que son témoignage antérieur quant à certains commentaires que la victime a faits sur le karaté s'appuyait sur ce que son frère lui avait dit. Enfin, l'appellant a déclaré au procès que son témoignage antérieur selon lequel la victime semblait le craindre n'était qu'un mensonge. En somme, les 40 pages auxquelles le juge Fish se réfère n'illustrent pas exclusivement le fait que le ministère public a lu le témoignage antérieur de l'appellant. En fait, elles sont l'exemple parfait qui atteste que le ministère public a opposé à l'appellant son propre témoignage en vue d'attaquer sa crédibilité.

En ce qui concerne les directives du juge du procès au jury, j'estime qu'elles délimitent convenablement les deux fins auxquelles le témoignage peut servir, ainsi que la seule fin à laquelle le jury est habilité à en faire usage. Avant que le ministère public n'interroge l'appellant sur la conversation enregistrée qu'il a eue avec deux autres détenus,

judge interjected. He stated that the jury were only to take the conversation into account so as to test the appellant's credibility. He added that the goal of the testimony was not to establish the truth of the contents of the conversation, but to undermine the appellant's credibility. During his instructions at the conclusion of the evidence, the trial judge very clearly spelled out the law as enunciated in *Kuldip, supra*. He told the jury that the only use they could make of the evidence was in testing the appellant's credibility. He also cautioned the jury not to use the evidence to prove the truth of its contents. As an example, he commented on how the taped conversation was not in evidence at all. If the appellant's present story differed from what was said there, though, the jury could take note of this contradiction so as to gauge the appellant's credibility. This very simple explanation from the trial judge was, in my view, satisfactory.

148

The only difficulty that arose was with respect to the jury's question about evidence not properly before the jury. The evidence in question had come out in cross-examination and, as such, could not be used as proof of guilt. The trial judge's answer to their question very clearly indicated that there was no direct proof that the appellant had been with the victim and had left him at some point. The trial judge even went through the evidence that the jury were entitled to consider, and effectively concluded for them that there existed no direct proof that the appellant had been with the victim prior to the latter's death. By both stating the principles involved, and relating those principles to the facts of the present case, the trial judge in my view appropriately dealt with this matter. The jury were in a proper position to consider the previous testimony as a source of evidence undermining credibility, rather than as a source of direct incriminating proof. There was no error.

le juge du procès est intervenu. Il a déclaré que le jury ne devait tenir compte de la conversation que pour jauger la crédibilité de l'appellant. Il a ajouté que le témoignage ne visait pas à établir la véracité du contenu de la conversation, mais bien à miner la crédibilité de l'appellant. Dans le cadre des directives qu'il a données au terme de la présentation de la preuve, le juge du procès a très clairement exposé le droit applicable tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Kuldip*, précité. Il a informé le jury que celui-ci ne pouvait utiliser le témoignage qu'à la seule fin de jauger la crédibilité de l'appellant. En outre, il a averti le jury de ne pas se servir du témoignage pour établir la véracité de son contenu. À titre d'exemple, il a expliqué que la conversation enregistrée ne faisait nullement partie de la preuve. Cependant, s'il y avait divergence entre la version actuelle de l'appellant et ce que l'appellant avait dit lors de cette conversation, le jury pouvait tenir compte de cette contradiction dans son appréciation de la crédibilité de l'appellant. J'estime satisfaisante cette explication très simple du juge du procès.

Le seul problème qui s'est posé portait sur la question soumise par le jury à propos d'éléments de preuve dont il n'était pas régulièrement saisi. Ces éléments de preuve découlaient du contre-interrogatoire et, partant, ne pouvaient être utilisés comme preuve de culpabilité. La réponse du juge du procès à la question du jury indique très clairement qu'il n'existait aucune preuve directe établissant que l'appellant avait été en présence de la victime et qu'il l'avait quittée à un certain moment. Le juge du procès a même passé en revue les éléments de preuve dont le jury pouvait tenir compte et est effectivement arrivé à la conclusion qu'il n'existait aucune preuve directe démontrant que l'appellant avait été en présence de la victime avant son décès. À mon sens, le juge du procès a traité cette question de manière appropriée en exposant les principes applicables et en les liant aux faits du présent pourvoi. Le jury était en mesure de voir le témoignage antérieur comme une source de preuve servant à miner la crédibilité de l'appellant, plutôt qu'une source de preuve directe incriminante. Il n'y a là aucune erreur.

### B. *Burden of Proof and Reasonable Doubt*

With respect to the trial judge's instructions regarding the burden of proof, the majority in the Court of Appeal considered whether there existed a reasonable probability that the jury misunderstood the applicable standard. While acknowledging that some of the required elements of a proper charge were missing from the trial judge's instructions, and while admitting that certain instructions dealt with matters that ought to be avoided, the majority nevertheless concluded that the charge as a whole would not have created a reasonable probability of a misunderstanding by the jury. The majority, in coming to this conclusion, took into account this Court's ample jurisprudence on reasonable doubt, notably *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *Starr, supra*; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; and *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

According to Fish J.A., in dissent, the trial judge's instructions on reasonable doubt were wanting in a number of respects. Most notably, the trial judge incorrectly equated reasonable doubt with the concept of "moral certainty" (para. 125). Overall, the instructions were found to have given rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the proper standard of proof.

I agree with the majority in the Court of Appeal regarding the trial judge's instructions pertaining to the appropriate standard of proof the jury were required to apply in this case. While his instructions are not entirely consistent with this Court's requirements, I agree that there has been substantial compliance with the requirements set out by our Court. There is no reasonable apprehension that the jury misunderstood the correct standard of proof that they were required to apply.

### C. *Expert Evidence*

With respect to the issue of expert evidence, and the alleged failure of the trial judge to provide any

### B. *Le fardeau de preuve et le doute raisonnable*

En ce qui a trait aux directives du juge du procès quant au fardeau de preuve, les juges majoritaires de la cour d'appel ont examiné la question de savoir s'il existait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Quoiqu'ils reconnaissent que le juge du procès n'a pas repris dans ses directives tous les éléments essentiels d'un bon exposé, et bien qu'il admettent que certaines directives portaient sur des questions qui auraient dû être évitées, les juges majoritaires ont tout de même conclu que, dans son ensemble, l'exposé ne devait pas avoir créé une probabilité raisonnable que le jury se soit mépris. En arrivant à cette conclusion, ils ont tenu compte de l'abondante jurisprudence de notre Cour sur le doute raisonnable, notamment *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *Starr*, précité; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; et *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Selon le juge Fish, dissident, les directives du juge du procès quant au doute raisonnable comportaient des lacunes à plusieurs égards. Plus particulièrement, le juge du procès a erronément fait équivaloir le doute raisonnable au concept de [TRADUCTION] « certitude morale » (par. 125). Le juge Fish a conclu que, dans l'ensemble, les directives ont donné lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable.

Je souscris à la conclusion de la majorité de la Cour d'appel au chapitre des directives du juge du procès sur la norme de preuve appropriée que le jury devait appliquer en l'espèce. Bien que ses directives ne soient pas entièrement conformes aux exigences de notre Cour, je suis d'avis qu'elles sont conformes pour l'essentiel aux exigences prescrites par notre Cour. Il n'existe aucune crainte raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve appropriée qu'il se devait d'appliquer.

### C. *La preuve d'expert*

Quant à la question de la preuve d'expert et de la prétendue omission du juge du procès de donner

149

150

151

152

instructions respecting its use, I am also in agreement with the reasons and result reached by the majority in the Court of Appeal. Arbour J., I note, would also dismiss the appeal on this issue.

D. *Appellant's Knowledge of the Charter and the CEA*

153 Before concluding these reasons, I feel it necessary to comment on some of Crown counsel's questions respecting the appellant's understanding of the law, and his rights under both the *Charter* and the *CEA*. For the reasons set out in *R. v. Jabarianha*, [2001] 3 S.C.R. 430, 2001 SCC 75, these questions were not appropriate. I am, however, of the opinion that the presence of such questions did not have any real effect on the outcome of the appellant's trial. These questions formed only a small part of the Crown's cross-examination. Given the strong evidence contained in the police statements, and given the incessant and legitimate attack on the appellant's credibility, a few questions pertaining to his knowledge of the *Charter* and the *CEA* are not noticeably prejudicial. As in *Jabarianha*, I would dismiss the appeal by applying the curative provision found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

V. Conclusion

154 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Pariseau, Olivier, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Longueuil.*

des directives sur son utilisation, je fais également miens les motifs et la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel. Je constate que le juge Arbour serait aussi d'avis de rejeter le pourvoi sur cette question.

D. *La connaissance de l'appelant relativement à la Charte et à la LPC*

Avant de conclure, j'estime qu'il est nécessaire de commenter quelques questions que le substitut du procureur général a posées à l'appelant sur sa compréhension du droit et sur sa connaissance des droits que lui confèrent la *Charte* et la *LPC*. Pour les motifs exprimés dans l'arrêt *R. c. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430, 2001 CSC 75, ces questions étaient inappropriées. Je suis cependant d'avis qu'elles n'ont pas véritablement influencé l'issue du procès de l'appelant. Elles n'ont joué qu'un rôle mineur dans le cadre du contre-interrogatoire du ministère public. Compte tenu des éléments de preuve accablants que contenaient les déclarations faites à la police, et vu les attaques légitimes constantes contre la crédibilité de l'appelant, quelques questions sur la connaissance que l'appelant avait de la *Charte* et de la *LPC* s'avèrent à peine préjudiciables. À l'instar de l'arrêt *Jabarianha*, je rejeterais le présent pourvoi en recourant à la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

V. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Pariseau, Olivier, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Le substitut du procureur général, Longueuil.*