

David Brock Henry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Barry Wayne Riley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Attorney
General of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HENRY

Neutral citation: 2005 SCC 76.

File Nos.: 29952, 29953.

Hearing: April 23, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie,
Arbour, LeBel and Fish JJ.

Rehearing: January 12, 2005.

Judgment: December 15, 2005.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial of accused on same charge — Crown cross-examining accused on their testimony given at prior trial to impeach their credibility — Whether use of statements made at first trial violated accused's right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 13 available to accused who choose to testify at their retrial on same indictment.

David Brock Henry *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Barry Wayne Riley *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et procureur
général de l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HENRY

Référence neutre : 2005 CSC 76.

N^{os} du greffe : 29952, 29953.

Audition : 23 avril 2004.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Fish.

Nouvelle audition : 12 janvier 2005.

Jugement : 15 décembre 2005.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès des accusés pour la même infraction — Contre-interrogatoire des accusés sur leur témoignage donné à leur procès antérieur mené par le ministère public dans le but d'attaquer leur crédibilité — L'utilisation des déclarations faites par les accusés à leur premier procès porte-t-elle atteinte au droit de ne pas s'incriminer que leur garantit l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les accusés qui choisissent de témoigner à leur nouveau procès pour la même infraction peuvent-ils se prévaloir de l'art. 13?

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Circumstances in which prior Supreme Court decisions will be reconsidered or revised — Compelling circumstances.

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Obiter dicta — Whether obiter dicta in prior Supreme Court decisions binding on lower courts — Weight to be given to obiter dicta.

In their retrial on a charge of first degree murder the accused told a different story under oath than they had five years earlier at their first trial on the same charge. At the new trial, the Crown cross-examined the accused on these prior inconsistent statements for the purpose of impeaching their credibility. They were again convicted of first degree murder. On appeal the accused argued that notwithstanding the fact they were not (and could not be) compelled to testify at their first trial, they ought nevertheless to have been protected as voluntary witnesses at their second trial from exposure of the contradictory testimony they gave at the first trial, despite the misleading impression with which such non-disclosure would have left the jury. The search for truth, they contended, is limited by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority judgment of the Court of Appeal rejected this argument and upheld the conviction. The dissenting judge would have ordered a new trial because on his view of *Noël* the use of the prior inconsistent statements in those circumstances violated the accused's right against self-incrimination.

Held: The appeals should be dismissed.

Section 13 of the *Charter* is not available to an accused who chooses to testify at his retrial on the same indictment. The purpose of s. 13 is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. As in the case of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, s. 13 embodies a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers, in exchange for that witness's testimony, protection against the subsequent use of that evidence against him. Here, the accused freely testified at their first trial and freely testified at their second trial. The compulsion, which is the source of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Accordingly, their s. 13 *Charter* rights were not violated by the Crown's cross-examination. They were in

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Circonstances dans lesquelles les décisions antérieures de la Cour suprême seront réexaminées ou révisées — Circonstances impérieuses.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Remarques incidentes — Les remarques incidentes figurant dans les décisions antérieures de la Cour suprême lient-elles les tribunaux d'instance inférieure? — Poids à accorder aux remarques incidentes.

À leur nouveau procès pour meurtre au premier degré, les accusés ont donné sous serment une version des faits différente de celle qu'ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès pour la même infraction et le ministère public les a contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles dans le but d'attaquer leur crédibilité. Ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. En appel, les accusés ont soutenu que, même s'ils n'avaient pas été (et ne pouvaient être) contraints de témoigner à leur premier procès, ils devaient tout de même, lorsqu'ils ont témoigné de leur propre gré à leur deuxième procès, être protégés contre la communication de leur témoignage incompatible donné au premier procès, malgré l'impression trompeuse que cette non-divulgaration pouvait donner au jury. Selon eux, l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* limite la recherche de la vérité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté cet argument et confirmé la condamnation. Le juge dissident aurait ordonné un nouveau procès parce que, selon son interprétation de l'arrêt *Noël*, l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles dans ces circonstances violait le droit des accusés de ne pas s'incriminer.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'accusé qui choisit de témoigner à son nouveau procès pour la même accusation ne peut pas se prévaloir de l'art. 13 de la *Charte*. L'objet de l'art. 13 est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer. À l'instar de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'art. 13 établit un *quid pro quo* ou une 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. En l'occurrence, les accusés ont choisi librement de témoigner à leurs premier et deuxième procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Par conséquent, leur contre-interrogatoire par le ministère public n'a pas porté atteinte aux droits

no need of protection “from being indirectly compelled to incriminate themselves”. [22] [42-43] [47] [60]

The jurisprudence of this Court has not been altogether consistent on the scope of s. 13 and it is therefore desirable to retrace the path from *Dubois* to *Noël*. The Court’s practice, of course, is against departing from its precedents unless there are compelling reasons to do so. Such circumstances exist here in respect of *Mannion*. The consequences of failing to adhere consistently to a purposeful interpretation of s. 13 have only emerged over time as the courts have struggled to apply the *Kuldip* distinction between impeachment of credibility and incrimination in ways that, as the accused’s invocation of *Noël* illustrates, have become unduly and unnecessarily complex and technical. The defence and the prosecution both view with scepticism the idea that triers of fact can truly isolate the purpose of impeaching credibility from the purpose of incrimination. They agree on the problem but disagree about the solution. Moreover, the insistence that s. 13 has the same application in a retrial of the same accused on the same indictment as it does in a trial where the accused was formerly not an accused but a compellable witness, has led to an unfair dilution of the s. 13 protection in the latter situation. The attempt to subject these very different situations to the same constitutional rule results in the end in a satisfactory solution for neither. [8] [24] [44-46]

Reviewing the Court’s s. 13 jurisprudence in light of its purpose (“to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves”), the argument of the Attorney General of Canada that *Dubois* was wrongly decided is rejected. The accused has a right not to testify. The Crown cannot file his testimony given at the prior trial (now overturned) as part of its case-in-chief at the retrial, because to do so would permit the Crown indirectly to compel the accused to testify at the retrial in circumstances where s. 11(c) of the *Charter* would not permit such compelled self-incrimination directly. The Crown must prove its case without recruiting the accused to incriminate himself. [22] [39-40]

On the other hand there are persuasive reasons for declining to follow *Mannion*. In that case, the accused freely testified at his first and second trials. The compulsion which is the source of the *quid pro quo*, which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Denying the Crown the opportunity to cross-examine the accused on

que l’art. 13 de la *Charte* leur garantit. Ils n’avaient pas besoin d’être protégés « contre l’obligation indirecte de s’incriminer ». [22] [42-43] [47] [60]

La jurisprudence de la Cour n’a pas toujours été constante en ce qui concerne la portée de l’art. 13. Il est donc indiqué de retracer son évolution de *Dubois* à *Noël*. Il n’est pas d’usage à la Cour de s’écarter des précédents à moins de raisons impérieuses. De telles circonstances existent en l’espèce relativement à l’arrêt *Mannion*. Les conséquences du défaut de retenir systématiquement une interprétation téléologique de l’art. 13 se sont manifestées graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d’appliquer la distinction établie dans *Kuldip*, entre attaquer la crédibilité de l’accusé et l’incriminer, qui sont devenues inutilement et indûment complexes et formalistes, comme le démontre l’utilisation de *Noël* faite par les appelants en l’espèce. La défense et la poursuite sont toutes les deux sceptiques concernant la capacité du juge des faits de dissocier réellement l’objectif d’attaquer la crédibilité d’un accusé de celui de l’incriminer. Elles reconnaissent ce problème, mais elles ne s’entendent pas sur la solution. De plus, en soutenant que l’art. 13 s’applique de la même façon qu’il s’agisse du deuxième procès d’un même accusé pour la même infraction ou du procès d’un accusé qui n’était qu’un témoin contraignable dans l’instance antérieure, on a indûment affaibli la protection offerte par l’art. 13 dans cette deuxième situation. En voulant appliquer la même règle constitutionnelle à ces situations très différentes, on aboutit à un résultat insatisfaisant dans les deux cas. [8] [24] [44-46]

Après avoir examiné sa jurisprudence sur l’art. 13 en fonction de son objet (« protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer »), la Cour rejette l’argument du procureur général du Canada voulant que l’arrêt *Dubois* soit mal fondé. L’accusé a le droit de ne pas témoigner. Le ministère public ne peut pas déposer le témoignage de l’accusé au procès antérieur (maintenant annulé) en preuve principale au nouveau procès, parce que l’y autoriser lui permettrait de contraindre indirectement l’accusé à témoigner à son nouveau procès dans des circonstances où l’al. 11c) de la *Charte* interdit de le forcer directement à s’auto-incriminer. Le ministère public doit faire sa preuve sans faire appel à l’accusé pour qu’il s’auto-incrimine. [22] [39-40]

Par ailleurs, il existe des raisons convaincantes de ne pas suivre l’arrêt *Mannion*. Dans cette affaire, l’accusé avait choisi librement de témoigner à ses premier et deuxième procès. La contrainte à l’origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l’art. 13, n’existait pas. Le refus de permettre au ministère

his prior voluntary testimony gave him a constitutional immunity to which he was not entitled. In *Mannion*, the Court did not adopt an interpretation in line with the purpose of s. 13. [42] [45]

Kuldip should be affirmed insofar as it permitted cross-examination of the accused on the inconsistent testimony he volunteered at his first trial. However, insofar as the Court felt compelled by *Mannion* to narrow the purpose of the cross-examination to the issue of credibility, the decision in the instant case not to follow *Mannion* renders such restriction no longer operative. If the contradiction of testimony gives rise to an inference of guilt, s. 13 of the *Charter* does not preclude the trier of fact from drawing the common sense inference. [48]

Noël is a classic example of prosecutorial abuse of the very “bargain” s. 13 was designed to enforce. Called to testify at somebody else’s trial, Noël was a compelling witness who at common law could have refused to answer the Crown’s questions that tended to show his guilt. He was compelled by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* to answer the incriminating questions, and in consequence he invoked the protection of s. 5(2). When s. 5(2) says “the answer so given shall not be used or admissible in evidence”, it means not to be used for any purpose, including the impeachment of credibility. *Noël* is affirmed on its facts. [49]

Further, even though s. 13 talks of precluding the use of prior evidence “to incriminate that witness”, and thus implicitly leaves the door open to its use for other purposes such as impeachment of credibility, experience has demonstrated the difficulty in practice of working with such distinctions. As the distinction is unrealistic in the context of s. 5(2), it must equally be unrealistic in the context of s. 13. Accordingly, by parity of reasoning, prior compelled evidence should, under s. 13 as under s. 5(2), be treated as inadmissible in evidence against an accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to “a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence”. *Allen* was a straightforward application of *Noël* and its correctness is confirmed. [50-51]

Much of the argument on this appeal was directed to *obiter* statements in various s. 13 cases. The notion is

public de contre-interroger l’accusé sur son témoignage antérieur volontaire a conféré à ce dernier une immunité constitutionnelle à laquelle il n’avait pas droit. Dans *Mannion*, la Cour n’a pas retenu une interprétation conforme à l’objet de l’art. 13. [42] [45]

L’arrêt *Kuldip* doit être confirmé, dans la mesure où il permet le contre-interrogatoire d’un accusé sur les déclarations incompatibles qu’il a faites volontairement à son premier procès. Toutefois, comme la Cour s’est sentie obligée, par l’arrêt *Mannion*, de limiter le but du contre-interrogatoire à une attaque de la crédibilité, la présente décision de ne pas suivre l’arrêt *Mannion* a rendu cette restriction inopérante. Si les contradictions permettent d’inférer la culpabilité, l’art. 13 de la *Charte* n’empêche pas le juge des faits de tirer des conclusions fondées sur le bon sens. [48]

L’affaire *Noël* est l’exemple classique du non-respect par la poursuite du « marché » même auquel l’art. 13 vise à donner effet. Appelé à témoigner au procès d’un tiers, M. Noël était un témoin contraignable qui, suivant la common law, aurait pu refuser de répondre aux questions de la poursuite qui tendaient à l’incriminer. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* l’obligeant à répondre aux questions incriminantes, il s’est prévalu de la protection prévue au par. 5(2). Le libellé du par. 5(2) selon lequel la réponse d’un témoin « ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve » signifie qu’elle ne peut être invoquée à quelque fin que ce soit, même pas pour attaquer sa crédibilité. L’arrêt *Noël* est confirmé, compte tenu des faits en cause. [49]

De plus, bien que l’art. 13 dispose que le témoignage antérieur d’une personne ne peut être « utilisé pour l’incriminer », et qu’il laisse ainsi implicitement subsister la possibilité de l’utiliser à une autre fin, par exemple pour attaquer sa crédibilité, l’expérience a démontré qu’il était difficile d’appliquer cette distinction en pratique. Si cette distinction est irréaliste dans le contexte du par. 5(2), elle doit aussi l’être dans le contexte de l’art. 13. En conséquence, par souci de cohérence, il faut conclure que le témoignage antérieur forcé doit être considéré, tant sous le régime de l’art. 13 que sous celui du par. 5(2), comme inadmissible en preuve contre l’accusé, même dans le but manifeste d’attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l’art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». L’affaire *Allen* est un cas d’application pure et simple de l’arrêt *Noël* et son bien-fondé est confirmé. [50-51]

Les arguments soulevés dans le pourvoi étaient en grande partie axés sur des remarques incidentes

sometimes (erroneously) attributed to *Sellars* that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute. Such an approach is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience. The submissions of the attorneys general were predicated on a strict and tidy demarcation between the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which they say may safely be ignored. This supposed dichotomy is an oversimplification of how the common law develops. The traditional view is that “a case is only an authority for what it actually decides”. Care must be taken in determining how broadly or how narrowly to draw “what it actually decides”. Beyond the *ratio decidendi* which is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not “binding” in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its growth and creativity. To the extent that *obiter* statements in this Court’s earlier s. 13 cases are inconsistent with the rationale of compulsion (the “*quid pro quo*”), they should no longer be regarded as authoritative. [52-53] [57] [59]

The result of a purposeful interpretation of s. 13 is that an accused will lose the *Mannion* advantage in relation to prior volunteered testimony but his or her protection against the use of prior compelled testimony will be strengthened. The two different situations will be treated differently instead of homogenized, and the unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination will be avoided. [60]

Cases Cited

Overruled: *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272;
overruled in part: *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618,

figurant dans la jurisprudence relative à l’art. 13. On interprète souvent (à tort) l’arrêt *Sellars* comme voulant que chaque énoncé d’un jugement de la Cour soit traité comme s’il s’agissait d’un texte de loi. Cette thèse n’est pas étayée par la jurisprudence et va à l’encontre du principe fondamental de l’évolution de la common law au gré des situations qui surviennent. Les observations des procureurs généraux présupposaient qu’il existe une ligne de démarcation très nette entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d’une affaire, qui a force contraignante, et les remarques incidentes, dont on peut, selon eux, faire abstraction sans danger. Cette prétendue dichotomie procède d’une simplification à outrance du mode évolutif de la common law. Selon l’opinion classique, « une décision ne fait autorité qu’à l’égard des questions qu’elle tranche effectivement ». Il faut prendre soin de ne pas circoncrire trop largement ni trop étroitement les « questions [que la décision] tranche effectivement ». Au-delà de la *ratio decidendi*, qui est généralement ancrée dans les faits, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l’arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n’ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu’elles s’éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s’inscrire dans un cadre d’analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s’agira de commentaires, d’exemples ou d’exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L’objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. Dans la mesure où les remarques incidentes figurant dans les autres arrêts de la Cour sur l’art. 13 sont incompatibles avec la justification de la contrainte (la contrepartie), ils ne devraient plus être considérés comme faisant autorité. [52-53] [57] [59]

Selon une interprétation téléologique de l’art. 13, l’accusé perdra l’avantage que lui conférerait l’arrêt *Mannion* relativement à son témoignage antérieur volontaire, mais sa protection contre l’utilisation de ses témoignages antérieurs forcés sera renforcée. Ces deux situations différentes ne seront pas assimilées, mais traitées différemment, et l’imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu’un et tenter de l’incriminer sera éliminée. [60]

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272;
arrêt rejeté en partie : *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S.

rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **distinguished:** *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67, rev'g (2001), 156 C.C.C. (3d) 17; *R. v. Allen*, [2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18, rev'g (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2; **referred to:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Quinn v. Leatham*, [1901] A.C. 495; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101; *R. v. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720; *R. v. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1; *Clark v. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58; *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290; *Moses v. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712; *Cardella v. Minister of National Revenue* (2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39; *R. v. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409; *R. v. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1; *R. v. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(c), 13.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

Authors Cited

Devinat, Mathieu. "L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 1.

618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **distinction d'avec les arrêts :** *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67, inf. [2001] R.J.Q. 1464; *R. c. Allen*, [2003] 1 R.C.S. 223, 2003 CSC 18, inf. (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2; **arrêts mentionnés :** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Quinn c. Leatham*, [1901] A.C. 495; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101; *R. c. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720; *R. c. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1; *Clark c. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58; *Scarff c. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290; *Moses c. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712; *Cardella c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 322 (QL), 2001 CAF 39; *R. c. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409; *R. c. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1; *R. c. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. c. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c), 13.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.

Doctrine citée

Devinat, Mathieu. « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1.

Lambert, Douglas. “*Ratio Decidendi and Obiter Dicta*” (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689.

Wilson, Bertha. “Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Newbury and Hall J.J.A.) (2003), 186 B.C.A.C. 106, 306 W.A.C. 106, 179 C.C.C. (3d) 307, 14 C.R. (6th) 241, 111 C.R.R. (2d) 1, [2003] B.C.J. No. 2068 (QL), 2003 BCCA 476, upholding the convictions of the accused for first degree murder. Appeals dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Lisa Sturgess*, for the appellants.

Alexander Budlovsky and *Nikos Harris*, for the respondent.

Kenneth J. Yule, Q.C., and *Ronald C. Reimer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In their retrial on a charge of first degree murder the appellants told a different story under oath than they had five years earlier at their first trial on the same charge. They were cross-examined at the subsequent trial on these prior inconsistent statements. They were again convicted of first degree murder. They claim this use of prior statements violated their constitutional right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The right against self-incrimination is of course one of the cornerstones of our criminal law. The right to stand silent before the accusations of the state has its historical roots in the general revulsion against the practices of the Star Chamber, and in modern times is intimately linked to our adversarial system of criminal justice and the presumption of innocence. Section 13 of the *Charter* gives

Lambert, Douglas. « *Ratio Decidendi and Obiter Dicta* » (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689.

Wilson, Bertha. « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Newbury et Hall) (2003), 186 B.C.A.C. 106, 306 W.A.C. 106, 179 C.C.C. (3d) 307, 14 C.R. (6th) 241, 111 C.R.R. (2d) 1, [2003] B.C.J. No. 2068 (QL), 2003 BCCA 476, qui a confirmé les déclarations de culpabilité des accusés pour meurtre au premier degré. Pourvois rejetés.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Lisa Sturgess*, pour les appelants.

Alexander Budlovsky et *Nikos Harris*, pour l’intimée.

Kenneth J. Yule, c.r., et *Ronald C. Reimer*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — À leur nouveau procès pour meurtre au premier degré, les appelants ont donné sous serment une version des faits différente de celle qu’ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès et ils ont été contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles. Ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils soutiennent que cette utilisation de leurs déclarations antérieures porte atteinte au droit constitutionnel de ne pas s’incriminer que leur garantit l’art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le droit de ne pas s’incriminer est, bien sûr, l’une des pierres angulaires de notre droit criminel. Le droit de garder le silence devant les accusations de l’État tire ses origines historiques de la répugnance générale suscitée par les méthodes de la Chambre étoilée et, de nos jours, il est étroitement lié à notre système contradictoire de justice criminelle et à la présomption d’innocence. L’article 13 de la *Charte*

constitutional protection to a more specific privilege against *testimonial* self-incrimination. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the Court stated at p. 358 that

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, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. [Emphasis added.]

It seems a long stretch from the important purpose served by a right designed to protect against compelled self-incrimination to the proposition advanced by the appellants in the present case, namely that an accused can volunteer one story at his or her first trial, have it rejected by the jury, then after obtaining a retrial on an unrelated ground of appeal volunteer a different and contradictory story to a jury differently constituted in the hope of a better result because the second jury is kept in the dark about the inconsistencies.

3 The protective policy of s. 13 must be considered in light of the countervailing concern that an accused, by tailoring his or her testimony at successive trials on the same indictment, may obtain through unexposed lies and contradictions an unjustified acquittal, thereby bringing into question the credibility of the trial process itself. Effective cross-examination lies at the core of a fair trial: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, at para. 76; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. Catching a witness in self-contradictions is one of the staples of effective cross-examination.

4 Having said that, there are observations in the Court's previous s. 13 jurisprudence that can fairly be said to fuel the appellants' argument (none of which escaped their counsel's skilful attention). It is therefore necessary to return to the foundational case of *Dubois* and trace the subsequent

octroie une protection constitutionnelle à un privilège plus spécifique protégeant contre l'auto-incrimination *testimonial*. Dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la Cour a dit ce qui suit, à la p. 358 :

... l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. [Je souligne.]

Il y a un monde entre l'objet important visé par un droit destiné à protéger contre l'auto-incrimination forcée et la prétention des appelants, selon laquelle un accusé peut, après avoir donné volontairement une version des faits à son premier procès, l'avoir vue rejetée par le jury et avoir obtenu un nouveau procès pour un motif distinct, soumettre volontairement une version différente et contradictoire à un jury différemment constitué, dans l'espoir que celui-ci rendra un verdict plus favorable parce que les contradictions avec la première version ne lui seront pas révélées.

La finalité protectrice de l'art. 13 a un contre-poids dont il faut tenir compte, soit la crainte qu'un accusé puisse ajuster son témoignage au cours de procès successifs relativement à la même accusation et ainsi être acquitté à tort, grâce à des mensonges et des contradictions non révélés, ce qui ébranlerait la crédibilité du processus judiciaire lui-même. Un contre-interrogatoire efficace constitue une composante essentielle d'un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, par. 76; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Mettre au jour les contradictions dans les déclarations d'un témoin est l'un des éléments principaux d'un contre-interrogatoire efficace.

Cela dit, la jurisprudence de notre Cour qui porte sur l'art. 13 renferme des observations qui, il faut le reconnaître, peuvent alimenter les arguments des appelants (et qui n'ont pas échappé à la vigilance de leurs avocats). Il faut donc revenir à l'arrêt fondamental *Dubois* et passer en revue les

jurisprudence to clarify the role and function of s. 13, and to explain why the appellants' interpretation of s. 13 overshoots its purpose, and why it must therefore be rejected. The appeals, in the result, will be dismissed.

I. Introduction

The present case arises out of a botched “rip-off” of a marijuana-growing operation (“grow-op”) at Port Coquitlam, British Columbia. The appellants admit they carried out the rip-off, stealing 170 marijuana plants, in the course of which the in-house caretaker of the grow-op was murdered. He was suffocated by 24 feet of duct tape being wound around his head, blocking the passage of air to his nose and mouth. The appellants admit their involvement. They accept culpability for manslaughter. At issue is whether the proper verdict is manslaughter or murder.

The Crown's case rested on both physical evidence and out-of-court statements by both appellants to undercover police officers. In accordance with *Dubois*, the Crown did not attempt to file at the retrial as part of its case-in-chief the testimony of the appellants at their first trial.

At the close of the Crown's case on the retrial, both appellants decided to testify. As he had at the first trial, Henry again claimed that he was intoxicated, but other than remembering being intoxicated he now admitted to no significant recollection of what happened. Riley testified in chief that while he had “on occasion” lied at the first trial he now had a clear recollection that he was not in the room when the fatal winding took place. He argued that his candour in admitting previous falsehoods was a badge of present truthfulness. Riley's defence strategy at the retrial thus incorporated his testimony at the previous trial. Henry's defence was more simple. Not only did he claim to recall less at the second trial than he testified to at the first trial, at times he seemed to suggest that he did not

décisions qui ont suivi, afin de clarifier le rôle et la fonction de l'art. 13 et d'expliquer pourquoi l'interprétation qu'en proposent les appelants excède l'objet de cette disposition et doit être écartée. Les appels seront donc rejetés.

I. Introduction

L'affaire résulte d'un vol bâclé dans des installations de culture de marijuana à Port Coquitlam en Colombie-Britannique. Les appelants ont avoué avoir commis ce vol, qui leur a permis de s'emparer de 170 plants de marijuana et lors duquel le gardien des installations, qui résidait sur place, a été tué. Le gardien est mort par asphyxie, 24 pieds de ruban adhésif enroulés autour de sa tête l'empêchant d'inspirer par le nez ou par la bouche. Les appelants ont reconnu leur participation au crime. Ils ont admis leur culpabilité pour homicide involontaire coupable. Restait à savoir s'ils devaient être condamnés pour homicide involontaire coupable ou pour meurtre.

La preuve du ministère public reposait à la fois sur des éléments de preuve matérielle et sur des déclarations extra-judiciaires faites par les deux appelants à des agents d'infiltration. Conformément à l'arrêt *Dubois*, le ministère public n'a pas cherché, lors du deuxième procès, à déposer en preuve principale le témoignage des appelants à leur premier procès.

À la clôture de la preuve soumise par le ministère public lors du nouveau procès, les deux appelants ont décidé de témoigner. Comme il l'avait fait au premier procès, M. Henry a prétendu avoir été ivre, mais il a cette fois affirmé n'avoir aucun autre souvenir notable de ce qui s'était passé. En interrogatoire principal, M. Riley a pour sa part reconnu avoir menti « quelquefois » lors du premier procès, mais il a déclaré se souvenir maintenant clairement qu'il ne se trouvait pas dans la pièce lorsque le bâillon fatal a été posé. Il a fait valoir que l'aveu sincère de ses mensonges antérieurs était garant de sa franchise actuelle. La stratégie de la défense de M. Riley au nouveau procès incorporait donc le témoignage qu'il avait donné lors du procès antérieur. La défense de M. Henry était plus simple. Non

5

6

7

even recall that an earlier trial had taken place. The Crown took the view that it was entitled to cross-examine both appellants on the testimony given at the prior trial for the purpose of impeaching their credibility, and did so, relying in this respect on *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618. The defence says that such cross-examination even for the purpose of impeachment of credibility was unfair, but in any event that the distinction in these circumstances between the purposes of impeachment of credibility and incrimination is illusory. Reliance was placed on *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67, and *R. v. Allen*, [2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18, to exclude the damaging inconsistencies. The Crown, for its part, says that the accused in volunteering their testimony at the second trial stepped outside the protection of s. 13, and that any observations to the contrary in the Court's previous s. 13 jurisprudence should be reconsidered. Thus issue was joined on the proper scope of s. 13.

8

I pause at this juncture to observe that both parties view with scepticism the idea that the trier of fact can truly isolate the purpose of impeaching credibility from the purpose of incrimination. They agree on the problem but disagree about the solution. The appellants' solution, relying on *Noël*, is that unless the statements used to contradict the present testimony were innocuous when made at the first trial, and still innocuous at the second trial, they should be altogether excluded, i.e. even for the limited purpose of challenging credibility. They wish to see a roll-back of *Kuldip*. Otherwise, they fear, the contradictions may well be used by the trier of fact for the forbidden purpose of incrimination. The Crown also recognizes the troublesome nature of the distinction but, relying on *Kuldip*, says that fair trial considerations absolutely require that the contradictions in the evidence of an accused be exposed. The Crown then goes further than *Kuldip* in saying that the trier of fact should be able to make of the contradictions what it wishes, including drawing an inference of guilt, and indeed that a realistic appraisal of the

seulement il a affirmé ne pas se souvenir d'éléments qu'il avait relatés dans son témoignage au premier procès, mais il a parfois laissé entendre qu'il ne se rappelait même pas avoir subi un premier procès. Le ministère public a contre-interrogé les deux appelants sur leur témoignage au premier procès dans le but d'attaquer leur crédibilité, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618. La défense a soutenu qu'un tel contre-interrogatoire était inéquitable, même s'il visait à miner la crédibilité, et que la distinction entre l'objectif d'incriminer un accusé et celui d'attaquer sa crédibilité était de toute façon illusoire dans les circonstances. Elle a invoqué les arrêts *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67, et *R. c. Allen*, [2003] 1 R.C.S. 223, 2003 CSC 18, pour faire valoir que les contradictions préjudiciables ne devaient pas être révélées. Le ministère public a soutenu, pour sa part, qu'en décidant de témoigner à leur deuxième procès, les accusés se sont exclus de la protection offerte par l'art. 13 et qu'il y a lieu de reconsidérer les remarques à l'effet contraire dans la jurisprudence antérieure de la Cour sur l'art. 13. L'objet du pourvoi est donc la portée de l'art. 13.

J'ouvre ici une parenthèse pour signaler le scepticisme des deux parties concernant la capacité du juge des faits de dissocier réellement l'objectif d'attaquer la crédibilité d'un accusé de celui de l'incriminer. Elles reconnaissent ce problème, mais elles ne s'entendent pas sur la solution. Les appelants, citant l'arrêt *Noël*, prétendent que les déclarations utilisées pour contredire le nouveau témoignage doivent être exclues purement et simplement, même si leur utilisation vise uniquement à miner la crédibilité, à moins qu'elles aient été inoffensives lorsqu'elles ont été faites au premier procès et qu'elles le soient toujours dans le cadre du second procès. Ils souhaitent que la Cour revienne sur l'arrêt *Kuldip*, à défaut de quoi ils craignent que le juge des faits utilise les contradictions dans le but prohibé d'incriminer l'accusé. Le ministère public reconnaît lui aussi que cette distinction pose problème, mais il soutient, en s'appuyant sur l'arrêt *Kuldip*, qu'il est indispensable à l'équité du procès que les contradictions dans les témoignages d'un accusé soient révélées. S'aventurant plus loin que l'arrêt *Kuldip*, il va même jusqu'à dire que le juge

trial process permits no other conclusion, human nature being what it is.

It has long been recognized that the distinction between credibility and incrimination in this particular context is “troublesome” (as Lamer C.J. described it in *Kuldip*, at p. 635) and “difficult” (as Martin J.A. described it in *Kuldip* when the case was before the Ontario Court of Appeal ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11, at p. 23)). As both the defence lawyers and the prosecutors agree that a problem exists, the question is: what should be done about it, having regard to the 20 years of experience since *Dubois*?

II. Facts

On October 17, 2001, a jury convicted the two appellants of the first degree murder of Timothy Langmead, who had operated a marijuana “grow-op” at Port Coquitlam, B.C. In the course of a “rip-off” of that operation by the appellants, Langmead was tied to a chair, had duct tape wound around his mouth and nose, and suffocated. At their first trial in 1996 the appellants admitted their involvement in the unlawful confinement that led up to his death, but they pleaded diminished responsibility because of intoxication.

The appellant Riley and the victim Langmead were acquaintances. They had both done work over the years for the same marijuana dealer. In fact Riley had helped set up the marijuana grow-op in Port Coquitlam that was being tended by Langmead on the night Langmead was killed. Riley claimed that he was owed \$5,000 to \$10,000 by the drug dealer for wiring a bypass of the hydro meter and other services. On the night of June 8, 1994, he and two accomplices planned to help themselves to some marijuana plants by way of compensation.

Riley and the appellant Henry knew each other from high school in the B.C. Interior. The two of them, along with another individual (Gabe Abbott, who was not charged) drove to Langmead’s house.

des faits devrait pouvoir utiliser les contradictions comme il le souhaite, y compris en inférer la culpabilité de l’accusé, et que, la nature humaine étant ce qu’elle est, une perception réaliste du processus d’instruction ne permet pas d’autre conclusion.

Il est depuis longtemps reconnu qu’il est difficile, dans ce contexte, de faire la distinction entre attaquer la crédibilité d’un accusé et l’incriminer (le juge en chef Lamer l’a signalé dans *Kuldip* à la p. 635, tout comme l’avait fait le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario dans cette même affaire ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11, p. 23)). Les avocats de la défense et de la poursuite s’entendant sur l’existence de ce problème, il reste à déterminer comment y remédier, à la lumière de ce qui s’est produit depuis le prononcé de l’arrêt *Dubois* il y a 20 ans.

II. Les faits

Le 17 octobre 2001, un jury a déclaré les deux appelants coupables du meurtre au premier degré de Timothy Langmead, qui s’occupait d’installations de culture de marijuana à Port Coquitlam (C.-B.). Pendant le vol perpétré par les appelants dans ces installations, M. Langmead a été ligoté sur une chaise; il a eu le nez et la bouche recouverts de ruban adhésif et il est mort asphyxié. Lors de leur premier procès, en 1996, les appelants ont avoué leur participation à la séquestration qui a entraîné la mort de la victime, mais ils ont invoqué la défense d’ivresse pour atténuer leur responsabilité.

M. Riley et la victime se connaissaient. Ils avaient tous deux travaillé au cours des ans pour le même trafiquant de marijuana. De fait, M. Riley avait participé à la mise en place des installations de culture de Port Coquitlam dont M. Langmead s’occupait la nuit où il a été tué. M. Riley a prétendu que le trafiquant lui devait entre 5 000 \$ et 10 000 \$ pour divers services rendus, dont le contournement du compteur d’électricité. La nuit du 8 juin 1994, avec deux complices, il a décidé de récupérer son dû en s’appropriant des plants de marijuana.

Les appelants Riley et Henry s’étaient connus à l’école secondaire dans l’intérieur de la Colombie-Britannique. Accompagnés d’une troisième personne (Gabe Abbott, qui n’a pas été accusé), ils se

9

10

11

12

They said they expected that Langmead would not be home, but he was, or came home shortly after they entered the house. Riley knew that Langmead recognized him from their earlier dealings. Although the details are not clear, it seems there was some struggle between Riley and Langmead. Once subdued, Langmead was put in a chair and his arms secured by rope or duct tape. He began to yell. Tape was applied to his mouth. The question was whether Henry or Riley applied the fatal windings of 24 feet of duct tape to Langmead's mouth and nose, or whether it was both of them, and with what intent. After the killing, the three intruders stole marijuana plants, a guitar, a VCR and a van. They took Langmead's body with them. They drove a couple of hours to the Alexandra Bridge in the Fraser Canyon, threw the body into the river and rolled the van over a cliff. Nine days later, Langmead's body was found floating downstream. The duct tape was still wound around his head.

13 The police mounted an undercover operation and obtained incriminating statements from both of the appellants boasting of responsibility for the death of Langmead. After Riley's arrest, he made some further admissions to the police.

14 Both appellants were convicted of first degree murder, but in 1999 the British Columbia Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the defence of intoxication. A new trial was ordered: (1999), 117 B.C.A.C. 49, 1999 BCCA 22.

15 At the second trial Henry continued to advance the defence of intoxication but Riley largely resiled from it, seeking instead to use his greater recollection of events to push the responsibility onto Henry. He testified to having assisted in securing Langmead's mouth with a few small pieces of tape only to stop him yelling, and said that thereafter Henry was alone with Langmead. Both men,

sont rendus en voiture chez M. Langmead. Selon leurs dires, ils ne s'attendaient pas à ce qu'il soit là, mais il s'y trouvait ou il y est arrivé peu après leur introduction dans la maison. M. Riley savait que M. Langmead l'avait reconnu parce qu'ils avaient déjà fait affaire ensemble. Les détails ne sont pas clairs, mais il semble qu'une lutte se soit engagée entre MM. Riley et Langmead. Une fois maîtrisé, M. Langmead a été assis sur une chaise à laquelle on lui a attaché les bras à l'aide de cordes ou de ruban adhésif. Il a commencé à crier. On lui a mis du ruban adhésif sur la bouche. Reste à savoir si c'est M. Riley, M. Henry ou les deux qui ont couvert la bouche et le nez de M. Langmead avec les 24 pieds de ruban adhésif qui l'ont tué, et dans quelle intention. Après le meurtre, les trois intrus ont volé des plants de marijuana, une guitare, un magnétoscope et une fourgonnette. Ils ont emporté le cadavre de M. Langmead avec eux. Après avoir conduit quelques heures jusqu'au pont Alexandra dans le canyon du fleuve Fraser, ils ont jeté le corps dans le fleuve et poussé la fourgonnette en bas d'une falaise. Neuf jours plus tard, le corps a été retrouvé flottant en aval. Sa tête était encore entourée de ruban adhésif.

Des policiers ont mis en place une opération d'infiltration et ont obtenu des déclarations incriminantes des deux appelants, qui se sont vantés d'avoir tué M. Langmead. Après son arrestation, M. Riley a fait d'autres aveux à la police.

Les deux appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué, en 1999, que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées concernant le moyen de défense d'ivresse et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (1999), 117 B.C.C.A. 49, 1999 BCCA 22.

Au deuxième procès, M. Henry a persisté à invoquer le moyen de défense d'ivresse, mais M. Riley l'a en grande partie abandonné et a plutôt cherché à tirer parti de ses souvenirs plus précis pour faire porter la responsabilité à M. Henry. Il a témoigné avoir aidé à fermer la bouche de M. Langmead avec quelques petits bouts de ruban adhésif, mais seulement pour l'empêcher de continuer à crier, et avoir

through their counsel, again admitted criminal responsibility for manslaughter. The only live issue at the second trial, as at the first trial, was whether it was a case of murder.

1. *Relevant Enactments*

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.

2. *Judicial History*

(a) The Trial Judge's Instructions on the Use of Prior Inconsistent Statements

The trial judge instructed the jury that they could use a witness's prior inconsistent statement whether given "under oath or otherwise" to assess the credibility of that witness's testimony, but that they could not use the prior statement for proof of its truth unless the witness adopted the statement as

ensuite laissé M. Langmead seul avec M. Henry. Par l'intermédiaire de leur avocat, les deux hommes ont de nouveau reconnu leur responsabilité criminelle pour homicide involontaire coupable. La seule question à trancher au deuxième procès était, comme au premier, celle de savoir s'ils pouvaient être déclarés coupables de meurtre.

1. *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.

2. *Historique judiciaire*

a) Les directives du juge du procès concernant l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles

Le juge du procès a dit au jury qu'il pouvait avoir recours aux déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, qu'elles aient été faites [TRADUCTION] « sous serment ou non », pour évaluer sa crédibilité, mais qu'il ne pouvait les considérer comme faisant foi de leur véracité à moins que le témoin n'ait admis

true. There was no objection by defence counsel to this portion of the charge.

18 Dealing specifically with references in the testimony to “another proceeding”, the trial judge instructed the jury that they were not to speculate as to the nature or outcome of those proceedings. He also reminded the jury that Riley had admitted to lying under oath, and that this was a factor to be considered in assessing his credibility as a witness.

(b) The British Columbia Court of Appeal ((2003), 186 B.C.A.C. 106, 2003 BCCA 476)

19 A three-judge panel of the British Columbia Court of Appeal divided on the scope to be given to this Court’s decision in *Noël*. In Southin J.A.’s analysis, *Noël* stands for the proposition that the testimony of a witness tending to prove him guilty of an offence, if given on someone else’s trial, could not be used at his own subsequent trial for that same offence. The protection did not apply to the retrial of the same accused on the same charge.

20 Newbury J.A. took the view that on the facts both appellants had “opened the door” in their own testimony to being cross-examined on the prior inconsistent statements given at the first trial. The trade-off between the right of the Crown to compel a witness to answer questions — the response to which might incriminate him — and the right of an accused *qua* witness not to incriminate himself, does not apply where he has chosen to testify regarding previous incriminating statements given by himself in the first trial. Here the appellants’ testimony had not been compelled; rather, it was offered in the second trial in an apparent attempt to gain credibility. The Crown was entitled to cross-examine on that evidence, she held.

21 Hall J.A., dissenting, considered that *Noël* had narrowed the permissible ambit of cross-examination of an accused in a retrial of the same

qu’elles étaient vraies. Les avocats de la défense ne se sont pas opposés à cette partie des directives.

Sur la question précise de la mention d’une [TRADUCTION] « autre procédure » dans le témoignage, le juge du procès a informé le jury qu’il ne devait pas faire de conjectures sur la nature ou l’issue de cette procédure. Il lui a également rappelé que M. Riley avait admis avoir menti lors d’un témoignage donné sous serment et qu’il s’agissait là d’un facteur à prendre en considération pour évaluer sa crédibilité comme témoin.

b) La Cour d’appel de la Colombie-Britannique ((2003), 186 B.C.A.C. 106, 2003 BCCA 476)

Les trois juges qui ont entendu l’appel étaient partagés sur la question de la portée à donner à l’arrêt *Noël* de notre Cour. Selon la juge Southin, cet arrêt pose le principe que le témoignage tendant à prouver la culpabilité du témoin, donné au procès d’une autre personne, ne peut être subséquentement utilisé au procès du témoin pour la même infraction, mais que cette protection ne s’applique pas au nouveau procès du même accusé pour la même infraction.

Au vu des faits, la juge Newbury a estimé que les témoignages des deux appelants avaient « ouvert la porte » à leur contre-interrogatoire sur les déclarations antérieures incompatibles qu’ils avaient faites lors du premier procès. Selon elle, le compromis entre le droit du ministère public de contraindre un témoin à répondre à des questions — susceptibles de l’incriminer — et le droit d’un accusé témoin de ne pas s’incriminer ne trouve pas application lorsque l’accusé choisit de témoigner relativement à des déclarations antérieures incriminantes qu’il a faites au premier procès. Les appelants en l’espèce n’ont pas été contraints de témoigner; ils ont plutôt déposé au deuxième procès pour tenter, semble-t-il, de renforcer leur crédibilité. Elle était donc d’avis que le ministère public était admis à les contre-interroger sur ces déclarations.

Le juge Hall, dissident, estimait que l’arrêt *Noël* avait restreint le champ du contre-interrogatoire auquel un accusé pouvait être soumis lors de son

charge. On this view the cross-examination at the second trial of both appellants infringed the prohibition imposed by s. 13 of the *Charter*. The Crown used portions of Riley's previous testimony to show that he was more of a direct participant in the death of the victim than he had acknowledged in his testimony-in-chief at the second trial. The Crown's cross-examination of both appellants on the prior inconsistent statements was not just directed to credibility. Its effect was to incriminate them as being active participants in the murder. This was contrary to the principles laid down in *Noël* and *Allen*. He was not persuaded that the verdicts concerning both men would necessarily have been the same absent the error. He would have allowed the appeals of both appellants and ordered a third trial on the same charge. The appeal thus comes to us as of right based on Hall J.A.'s dissent on the proper scope of *Noël* and *Allen*.

III. Analysis

The consistent theme in the s. 13 jurisprudence is that "the purpose of s. 13 . . . is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves" (*Dubois*, at p. 358, and reiterated in *Kuldip*, at p. 629). That same purpose was flagged in *Noël*, the Court's most recent examination of s. 13, by Arbour J., at para. 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. [Emphasis added.]

There is thus a consensus that s. 13 was intended to extend s. 5 of the *Canada Evidence Act* to give further and better effect to this purpose. As McIntyre J. pointed out in *Dubois*, in reasons that

nouveau procès pour la même infraction. Ainsi, le contre-interrogatoire des deux appelants à leur deuxième procès violait l'interdiction imposée par l'art. 13 de la *Charte*. Le ministère public s'était servi de passages du témoignage antérieur de M. Riley pour démontrer qu'il avait pris une part plus directe au décès de la victime qu'il ne l'avait reconnu dans son témoignage principal au deuxième procès. Le contre-interrogatoire des deux appelants sur leurs déclarations antérieures incompatibles ne visait pas uniquement à attaquer leur crédibilité. Il a eu pour effet de les incriminer comme ayant participé activement au meurtre, ce qui contrevenait aux principes formulés dans les arrêts *Noël* et *Allen*. Le juge Hall n'était pas convaincu que les verdicts auraient nécessairement été les mêmes, dans les deux cas, si cette erreur n'avait pas été commise. Il aurait accueilli les deux appels et ordonné un troisième procès pour la même accusation. Notre Cour est donc saisie d'un appel de plein droit fondé sur la dissidence du juge Hall concernant la portée à donner aux arrêts *Noël* et *Allen*.

III. Analyse

Le thème constant de la jurisprudence relative à l'art. 13 est que « l'objet de l'art. 13 [. . .] est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (*Dubois*, p. 358, répété dans *Kuldip*, p. 629). Dans *Noël*, le plus récent des arrêts de notre Cour portant sur l'art. 13, la juge Arbour a insisté sur cet objet, le décrivant ainsi, au par. 21 :

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. [Je souligne.]

Il y a donc consensus sur le fait que l'art. 13 vise à élargir la protection prévue à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, afin de mieux réaliser cet objet. Comme le juge McIntyre l'a souligné

dissented in the result but not on this point, s. 13 “does not depend on any objection made by the witness giving the evidence. It is applicable and effective without invocation, and even where the witness in question is unaware of his rights” (p. 377). Further, s. 13 “is not limited to a question in respect of which a witness would have been entitled to refuse to answer at common law and its prohibition against the use of incriminating evidence is not limited to criminal proceedings. It confers a right against incrimination by the use of evidence given in one proceeding in any other proceedings” (p. 377). *Noël*, our most recent pronouncement, also agreed that s. 13 was intimately linked (though not necessarily limited to) the role and function traditionally served by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

24

Despite these broad areas of agreement, the Court’s s. 13 jurisprudence bristles with observations that enable the appellants to argue with a measure of indignation that notwithstanding the fact they were not (and could not be) compelled to testify at their first trial, they ought nevertheless to have been protected as volunteers at their second trial from exposure of the contradictory testimony they gave at the first trial, despite the misleading impression with which such non-disclosure would have left the jury. The search for truth, they say, is limited by constitutional considerations. The appellants rely in particular on observations made in *Noël*, even though *Noël* did not involve the retrial of an accused on the same indictment, but the trial of an accused whose previous testimony had been compelled at the trial of somebody else on charges related to the same subject matter. *Noël* was a classic application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, which in fact had wisely been invoked on Noël’s behalf at the earlier trial of that other person, who happened to be his brother. It is therefore desirable to retrace the essentials of the jurisprudence from *Dubois* to *Noël* to determine whether the appellants’ position on s. 13 is well founded.

dans ses motifs de dissidence quant au résultat mais non sur ce point dans *Dubois*, l’art. 13 « ne dépend aucunement de la formulation d’une objection par le témoin en question. Cette protection est applicable et opérante sans qu’il soit nécessaire de l’invoquer et même lorsque le témoin en question n’est pas au courant de ses droits » (p. 377). De plus, la protection de l’art. 13 « ne se limite pas à une question à laquelle un témoin aurait pu refuser de répondre en *common law* et l’interdiction d’utiliser un témoignage incriminant n’est pas restreinte à des procédures criminelles. L’article 13 confère le droit de ne pas être incriminé par l’utilisation d’un témoignage dans d’autres procédures que celles dans lesquelles il a été donné » (p. 377). L’arrêt *Noël*, notre plus récente décision sur la question, réitère aussi que l’art. 13 est étroitement lié (sans toutefois se limiter nécessairement) au rôle et à la fonction traditionnels de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

En dépit de ces consensus généraux, la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 13 fourmille de commentaires qui permettent aux appelants de faire valoir avec une certaine indignation que, même s’ils n’ont pas été (et ne pouvaient être) contraints de témoigner à leur premier procès, ils devaient tout de même, lorsqu’ils ont témoigné de leur propre gré à leur deuxième procès, être protégés contre la communication de leur témoignage incompatible donné au premier procès, malgré l’impression trompeuse que cette non-divulgaration pouvait donner au jury. Selon eux, des considérations constitutionnelles limitent la recherche de la vérité. Les appelants invoquent plus particulièrement des observations formulées dans *Noël*, même si cette affaire ne concernait pas la tenue d’un nouveau procès sur une même accusation, mais le procès d’un accusé qui avait été contraint de témoigner antérieurement au procès d’un tiers sur des accusations ayant le même fondement. L’arrêt *Noël* est un cas classique d’application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que l’avocat de M. Noël avait judicieusement invoqué lors du procès antérieur du tiers, qui était en l’occurrence le frère de l’accusé. Il est donc indiqué de reprendre les principes fondamentaux énoncés dans la jurisprudence, de *Dubois* à *Noël*, pour décider du bien-fondé de la position des appelants au sujet de l’art. 13.

1. *The Scope of Section 13 of the Charter*

Section 13 of the *Charter* precludes “incriminating evidence” given in one proceeding from being “used to incriminate that witness in any other proceedings”. Incriminating evidence means “something ‘from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged’”: *Kuldip*, at p. 633. The meaning of this protection in the context of a retrial of an accused on the same charge was first considered in *Dubois*. The question was phrased in that case by Lamer J. (as he then was): “When a new trial is ordered on the same charge or on an included offence by a court of appeal, can the Crown adduce as evidence-in-chief the testimony given by an accused at the former trial?” (p. 353 (emphasis added)). *Dubois* was charged with second degree murder. At his first trial he admitted that he had killed the deceased but alleged justification. He was convicted, but successfully appealed the conviction and was granted a new trial on grounds of a misdirection to the jury. At the retrial, as part of its case-in-chief, the Crown read in *Dubois*’ testimony from the first trial over an objection by *Dubois*’ counsel based on s. 13 of the *Charter*. *Dubois* chose not to testify nor did he call any evidence. He was again convicted. The majority of our Court agreed that the testimony of the accused at the first trial could not be used by the Crown as part of its “case to meet” to incriminate the accused at the retrial on the same charge.

More specifically, *Dubois* concluded that the reference in s. 13 to “other proceedings” includes a retrial on the same indictment and that the term “witness” in s. 13 also applies to an accused testifying (voluntarily) in his or her own defence. Lamer J., for the majority, held that “given the nature and purpose of the [s. 13] right, which is essentially protection against self-incrimination, the issue of whether the testimony was compulsory or voluntary at the moment it was given is largely

1. *La portée de l’art. 13 de la Charte*

L’article 13 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures ». On qualifie d’incriminant un élément qui « pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué » (*Kuldip*, p. 633). C’est dans *Dubois* que la portée de cette protection a été examinée pour la première fois dans le contexte du nouveau procès d’un accusé pour la même accusation. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi la question qui se posait : « Lorsqu’une cour d’appel ordonne un nouveau procès à l’égard d’une même accusation ou d’une infraction comprise, la poursuite peut-elle présenter à titre de preuve principale le témoignage donné par un accusé au cours du premier procès? » (p. 353 (je souligne)). M. *Dubois* était accusé de meurtre au deuxième degré. Lors du premier procès, il avait avoué avoir tué la victime, tout en invoquant des justifications. Il avait été déclaré coupable, mais sa condamnation avait été infirmée en appel en raison de directives erronées données au jury. Un nouveau procès avait été ordonné, lors duquel le ministère public avait inclus dans sa preuve principale le témoignage donné par M. *Dubois* au premier procès, malgré une objection de son avocat fondée sur l’art. 13 de la *Charte*. M. *Dubois* n’avait pas témoigné et n’avait présenté aucune preuve. Il avait été déclaré coupable une deuxième fois. Les juges majoritaires de notre Cour ont estimé qu’au deuxième procès pour la même accusation, le ministère public ne pouvait, à des fins incriminantes, inclure dans la « preuve complète » qu’il lui incombait de présenter le témoignage donné par l’accusé au premier procès.

Plus précisément, l’arrêt *Dubois* a établi que les mots « autres procédures » figurant à l’art. 13 comprennent un deuxième procès pour la même accusation et que cette disposition s’applique au témoignage donné (de manière volontaire) par un accusé pour sa propre défense. Le juge Lamer, s’exprimant au nom de la majorité, a déclaré qu’« étant donné la nature et le but du droit, qui est essentiellement la protection contre l’auto-incrimination, la question de savoir si le témoignage était obligatoire ou

irrelevant. The focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given” (p. 361). At the second proceeding, however, Dubois was not a witness. He was exercising his absolute right not to testify at all. Therefore, as Lamer J. pointed out at p. 365: “I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown’s case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(d) [the presumption of innocence], and to a lesser extent of s. 11(c) [the right not to be compelled to be a witness].”

27 In my view, the same result would have followed if at the retrial in the present case the appellants had chosen not to testify. Whether or not the appellants had been voluntary witnesses at the earlier trial would have been, in that respect, irrelevant. At the second trial the testimony, had the Crown been permitted to file it as part of the case-in-chief, would have been compelled, and its use, on a purposeful interpretation of s. 13, prohibited.

28 *Dubois* was applied in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, where, as in the present case, the Crown attempted to use prior inconsistent statements in the *cross-examination* of an accused at a retrial. The accused was charged with raping a woman in Edmonton. Shortly thereafter, but before an arrest could be made, he left Edmonton heading for British Columbia. Whether or not his departure could give rise to an inference of guilt depended in part on whether he knew of the rape investigation before he left. At the first trial he said that when he spoke to a police officer before his departure, he had been told that the officer wanted to see him concerning a rape. At the second trial, no doubt sensing the danger, he changed his story to say that while he knew the officer wanted to speak with him, he understood it was about his work as a police informant on unrelated matters, and he was afraid to speak to the officer because he had not lived up to certain obligations. At the second trial, the accused was

volontaire au moment où il a été donné est en grande partie non pertinente. Le droit vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (p. 361). Lors de la deuxième instance, toutefois, M. Dubois n’a pas témoigné. Il a exercé son droit le plus absolu de ne pas témoigner. Par conséquent, le juge Lamer a souligné, à la p. 365 : « Je ne vois pas comment le témoignage donné par l’accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l’al. 11d) [le droit d’être présumé innocent], et à un degré moindre à l’al. 11c) [le droit de ne pas être contraint de témoigner], faire partie de la preuve présentée par la poursuite contre l’accusé au second procès. »

Je suis d’avis que le résultat aurait été le même si les appelants avaient décidé en l’espèce de ne pas témoigner au deuxième procès. À cet égard, il aurait été sans conséquence que les appelants aient témoigné volontairement ou non au procès antérieur. Si le ministère public avait été autorisé à déposer leur témoignage en preuve principale au deuxième procès, il se serait agi d’un témoignage forcé dont une interprétation téléologique de l’art. 13 interdit l’utilisation.

Les principes formulés dans *Dubois* ont été appliqués dans *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272. Dans cette affaire, comme en l’espèce, le ministère public avait tenté, lors d’un nouveau procès, de *contre-interroger* un accusé sur des déclarations antérieures incompatibles. M. Mannion avait été accusé d’avoir violé une femme à Edmonton. Peu après le crime, mais avant d’être arrêté, il avait quitté Edmonton et s’était rendu en Colombie-Britannique. La possibilité que son départ puisse faire conclure à sa culpabilité dépendait en partie de la question de savoir si, avant de partir, il était au courant qu’il y avait enquête sur le viol. Lors du premier procès, il avait affirmé que l’agent de police auquel il avait parlé avant de partir lui avait dit qu’il voulait le voir au sujet d’un viol. Lors du deuxième procès, flairant sans doute le danger, il a modifié sa version et indiqué qu’il savait que l’agent voulait lui parler mais qu’il pensait que c’était à propos de son travail d’informatique concernant

cross-examined on the different explanation he gave at the first trial, which the Crown submitted for the truth of its content. McIntyre J., for the Court, held that the cross-examination was improper. In doing so, however, he focussed on the *purpose* of the cross-examination (incrimination), rather than the *purpose* of s. 13 (protection against *compelled* self-incrimination). McIntyre J., with the unanimous support of his colleagues, accepted that the result of the holding in *Dubois* (in which he had dissented) dictated the outcome in *Mannion*. The distinction between Dubois' status as a compelled witness at the second trial and Mannion's status as a volunteer at both trials was not commented upon.

The Court returned to a purposive interpretation in *Kuldip*. The accused was charged with failing to remain at the scene of a car accident with the intent of escaping civil or criminal liability. At his first trial he volunteered that he had reported the accident to a constable at a police station in Toronto whom he identified as P.C. Brown. The Crown established that Brown was not on duty on the day in question. At the retrial, the accused again chose to testify, but changed his story to accommodate that awkward fact. Lamer C.J. for the majority of the Court held that the accused was properly confronted with his prior inconsistent statement:

An interpretation of s. 13 which insulates such an accused from having previous inconsistent statements put to him/her on cross-examination where the only purpose of doing so is to challenge that accused's credibility, would, in my view, "stack the deck" too highly in favour of the accused. [p. 636]

In other respects, *Kuldip* followed where *Mannion* had led. Lamer C.J. stated that the questions raised in the appeal were "identical to those examined by this Court in *Mannion*" (p. 628). The only difference in his view was that in *Mannion*, the

d'autres affaires et qu'il avait peur de lui parler parce qu'il ne s'était pas acquitté de certaines obligations. Il a été contre-interrogé sur l'explication différente qu'il avait fournie au premier procès et que le ministère public a présentée comme faisant foi de son contenu. Rendant jugement pour la Cour, le juge McIntyre a statué que le contre-interrogatoire était inadmissible. En tirant cette conclusion, toutefois, il a mis l'accent sur l'*objet* du contre-interrogatoire (l'incrimination) plutôt que sur l'*objet* de l'art. 13 (la protection contre l'*obligation* de s'incriminer). Le juge McIntyre, à l'opinion duquel ses collègues ont unanimement souscrit, a conclu que la décision rendue dans *Dubois* (où il était dissident) dictait l'issue dans *Mannion*. Il n'a formulé aucun commentaire sur le fait que le témoignage de M. Dubois à son deuxième procès était un témoignage forcé, tandis que M. Mannion avait témoigné volontairement à ses deux procès.

La Cour est revenue à une interprétation téléologique dans *Kuldip*. L'accusé avait été inculpé d'omission de s'arrêter lors d'un accident dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle. Lors de son premier procès, il avait déclaré volontairement avoir signalé l'accident à un agent d'un poste de police de Toronto, qu'il avait identifié comme P.C. Brown. Le ministère public a prouvé que cet agent n'était pas en fonction ce jour-là. Lors de son nouveau procès, l'accusé a une fois de plus choisi de témoigner, mais il a modifié sa version des faits pour se sortir de cette situation embarrassante. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Lamer a statué que l'accusé avait été à bon droit confronté à ses déclarations antérieures incompatibles :

Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité, équivaldrait, à mon avis, à trop « fausser la donne » en faveur de l'accusé. [p. 636]

À d'autres égards, *Kuldip* a suivi la voie tracée par *Mannion*. Le juge en chef Lamer a estimé que les questions soulevées dans le pourvoi étaient « identiques à celles que la Cour a étudiées dans l'arrêt *Mannion* » (p. 628), à l'unique différence

purpose of the cross-examination was to incriminate, whereas in *Kuldip* it was to impeach credibility. A successful impeachment would do no more than nullify the accused's testimony. The Crown could not obtain a conviction except on the basis of other evidence.

31 Of interest in *Kuldip* is the example given by Lamer C.J., at p. 634, of a witness at a murder trial who testifies that the accused could not have murdered the victim in Ottawa because on the day in question they were both in Montreal doing a bank robbery. If the witness were later charged with the bank robbery in Montreal, and changed his story at his trial to say that in fact he was in Ottawa that day, Lamer C.J. said it would not infringe s. 13 to impeach credibility using the earlier admission (despite the fact the statement was incriminating both when given at the earlier trial and when used at the later trial). However the trial judge must warn the jury "that it would not be open to it to conclude, on the basis of his previous statement, that the accused was in Montreal on the day of the alleged bank robbery nor to conclude that the accused did, in fact, commit the bank robbery" (pp. 634-35). As will be seen, the facts of the example anticipate, to some extent, the situation in *Noël*.

32 *Kuldip* thus qualified *Mannion*. If the prior testimony is used at the retrial to incriminate, *Mannion* says s. 13 is violated. If the prior testimony is used to impeach credibility, and thereby to nullify the accused's retrial testimony, *Kuldip* says s. 13 permits it. As Lamer C.J.'s example of the bank robber shows, however, the distinction poses problems. There can be few triers of fact, whether judge or jurors, who would not have found the prior admission of the accused, that on the day in question he was in Montreal robbing a bank, probative on the issue of guilt of that offence.

que, dans *Mannion*, le contre-interrogatoire visait à incriminer l'accusé, tandis que, dans *Kuldip*, il visait à attaquer sa crédibilité. Le fait de réussir à discréditer l'accusé témoin aurait pour unique conséquence d'anéantir son témoignage. Le ministère public ne pourrait obtenir une condamnation sans l'appuyer sur d'autres éléments de preuve.

Dans l'arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer donne, à la p. 634, l'exemple intéressant d'un témoin affirmant, lors d'un procès pour meurtre, que l'accusé ne peut avoir tué la victime à Ottawa parce que, cette journée-là, l'accusé et le témoin étaient à Montréal, occupés à dévaliser une banque. Si le témoin est par la suite accusé du vol de banque commis à Montréal et qu'il modifie sa version des faits à son procès pour affirmer qu'il se trouvait à Ottawa le jour en question, il ne serait pas contraire à l'art. 13, selon le juge en chef Lamer, d'utiliser la déclaration antérieure du témoin pour attaquer sa crédibilité (malgré que cette déclaration ait été incriminante à la fois lorsqu'elle a été donnée au procès antérieur et lorsqu'elle est utilisée au procès subséquent). Toutefois, le juge du procès doit avertir le jury « qu'il ne peut s'inspirer de la déclaration antérieure pour conclure que l'accusé se trouvait à Montréal le jour du vol de banque ni pour conclure que l'accusé a de fait commis le vol de banque » (p. 634). Comme on le verra, les faits de cet exemple préfigurent jusqu'à un certain point la situation de l'affaire *Noël*.

Kuldip apporte donc des réserves à *Mannion*. *Mannion* pose que l'utilisation du témoignage antérieur de l'accusé dans le but de l'incriminer lors de son nouveau procès viole l'art. 13. *Kuldip* statue que l'art. 13 permet néanmoins le recours au témoignage antérieur de l'accusé s'il vise à attaquer sa crédibilité et à anéantir ainsi son témoignage au nouveau procès. Comme l'illustre l'exemple du voleur de banque donné par le juge en chef Lamer, cette distinction pose toutefois des difficultés. En prenant connaissance du témoignage antérieur de l'accusé selon lequel il se trouvait à Montréal à dévaliser une banque le jour en question, peu de juges des faits, qu'ils soient juges ou jurés, réussiraient à ne lui attribuer aucune valeur probante quant à la culpabilité relativement à cette infraction.

Kuldip was endorsed by *Noël*, which applied the s. 13 jurisprudence to the case of an accused who at the previous trial was not the accused but a mere witness at somebody else's trial (as in Lamer C.J.'s bank robbery example in *Kuldip*). The accused had testified as a compellable witness during his brother's trial about his complicity in the senseless strangulation of a nine-year-old boy. He was subsequently charged with the murder, but at his own trial he denied any such complicity. The Crown put to him statement after statement that he had made at the earlier trial, which he acknowledged having made, and which formed an important element (if it was not virtually conclusive) in establishing his guilt. In that context, and recognizing that when testifying as a witness at his brother's trial Noël had claimed the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, Arbour J. emphasized the *quid pro quo* "when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination" (emphasis added) and held that "the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony" (para. 21). The emphasis in *Noël* on the *quid pro quo* reinforces the link between s. 13 of the *Charter* and s. 5 of the *Canada Evidence Act* and the whole issue of compelled testimony. It must be recognized that a witness who was also the accused at the first trial is at *both* trials a voluntary rather than a compelled witness, and therefore does not offer the same *quid pro quo*. (The notion that an accused who volunteers testimony can simultaneously object to answering questions whose answers may tend to incriminate him or her is a difficult concept. The whole point of volunteering testimony is to respond to the prosecution's case. Even answers to his or her own counsel's questions may tend to incriminate.)

Despite the difference between the trial of an accused who was a compelled witness in another "proceeding" and the retrial of an accused who volunteered evidence at both the first and second trials, the appellants here rely on the observation of Arbour J. at para. 4 of *Noël*:

L'arrêt *Noël* a confirmé l'arrêt *Kuldip*. Il a appliqué la jurisprudence relative à l'art. 13 au procès d'un accusé qui avait auparavant témoigné au procès d'un autre accusé, comme dans l'exemple du vol de banque donné par le juge en chef Lamer dans *Kuldip*. L'accusé avait déposé à titre de témoin contraignable au procès de son frère, relativement à sa complicité dans le meurtre gratuit d'un garçonnet de neuf ans mort par strangulation. Il avait par la suite été accusé de meurtre mais, à son propre procès, il avait nié toute complicité. Le ministère public l'avait confronté à de nombreuses déclarations, qu'il avait reconnu avoir faites au procès antérieur et qui constituaient un élément important (sinon pratiquement déterminant) de la preuve de sa culpabilité. Dans ce contexte, la juge Arbour, reconnaissant que M. Noël avait témoigné au procès de son frère en invoquant la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, a souligné qu'il y avait *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 » (par. 21 (je souligne)). L'accent mis sur la notion de contrepartie dans l'affaire *Noël* renforce le lien entre, d'une part, l'art. 13 de la *Charte* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, d'autre part, toute la question du témoignage forcé. Il faut reconnaître que le témoin qui était aussi l'accusé au premier procès témoigne volontairement aux *deux* procès, sans y être contraint, et qu'il ne fournit donc pas la même contrepartie. (L'idée qu'un accusé qui décide de témoigner puisse en même temps refuser de répondre à des questions parce que ses réponses pourraient l'incriminer est difficile à saisir. Un accusé ne choisit de témoigner que pour réfuter la preuve du ministère public. Même les réponses aux questions de son propre avocat peuvent tendre à l'incriminer.)

Malgré la différence entre le procès d'un accusé qui a été contraint de témoigner dans une autre « procédure » et le nouveau procès d'un accusé qui a témoigné volontairement à ses deux procès, les appelants appuient leur argumentation sur le commentaire fait par la juge Arbour au par. 4 de l'arrêt *Noël* :

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.

The facts of *Noël* provide an interesting parallel to Lamer C.J.'s bank robbery example in *Kuldip*. In Lamer C.J.'s example, the prior testimony was considered admissible for impeachment, although it was undeniably incriminatory when given, and would almost certainly have been taken as incriminatory if allowed into evidence at the second trial. In *Noël*, the Crown's incriminatory purpose was unmistakable. Yet in both the bank robber example and in *Noël* itself the prior testimony was compelled, and its use thus posed a serious problem not only under the *Dubois* analysis of s. 13 but under s. 11(c) of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. (For present purposes, evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena.)

35

Kuldip can be seen as an attempt by the Court to put the brakes on *Mannion*, but in its unwillingness to reconsider its reasoning in *Mannion*, the Court was required to resort to reliance on the sometimes difficult distinction between the purposes of impeachment of credibility and incrimination. Although this distinction is well established in the law (see, e.g., *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 25), its practicality in this particular context is frequently questioned. It is worth setting out in full what was said by Arthur Martin J.A., writing in *Kuldip*, when it was before the Ontario Court of Appeal:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused's credibility only, it nevertheless does assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between

[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.

Les faits de l'affaire *Noël* permettent un parallèle intéressant avec l'exemple du vol de banque donné par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Kuldip*. Dans cet exemple, le témoignage antérieur était admissible pour attaquer la crédibilité, même s'il était incontestablement incriminant au moment où il a été donné et s'il était presque certain qu'il aurait été considéré tel au deuxième procès s'il y avait été admis en preuve. Dans *Noël*, le but du ministère public d'incriminer l'accusé était indéniable. Pourtant, tant dans l'exemple du voleur de banque que dans l'affaire *Noël*, le témoignage antérieur n'était pas volontaire, et son utilisation soulevait par conséquent un grave problème non seulement au regard de l'analyse de l'art. 13 faite dans *Dubois* mais également au regard de l'al. 11c) de la *Charte* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. (En l'espèce, il y a lieu de considérer la déposition d'un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n'a pas été assigné formellement.)

On peut voir dans *Kuldip* une tentative de la Cour de circonscrire la portée de l'arrêt *Mannion*, mais en voulant éviter de reconsidérer le raisonnement qu'elle avait suivi dans *Mannion*, la Cour a dû recourir à la distinction, parfois difficile à faire, entre l'objectif d'attaquer la crédibilité de l'accusé et l'objectif de l'incriminer. Bien que cette distinction soit bien établie en droit (p. ex. voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 25), son utilité pratique dans le contexte qui nous occupe est souvent remise en question. Ce qu'en a dit le juge Arthur Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Kuldip*, mérite d'être cité textuellement :

[TRADUCTION] J'estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul but d'attaquer la crédibilité, il n'en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité.

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. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [p. 23]

In Martin J.A.'s view, successful invocation of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* ought to exclude the prior testimony of the witness for *any* purpose, including impeachment of credibility (p. 20). Arbour J., writing in *Noël* in the context of incriminating statements made by a current accused at the earlier trial of somebody else, agreed with this interpretation (paras. 31-33) except for her acceptance of *Kuldip* in the very limited case of statements innocuous when made at the first trial and still innocuous with respect to the issue of guilt at the second trial (paras. 30 and 45). This, she observed, is the only outcome consistent with the *quid pro quo* that "lies at the heart of s. 13" (para. 25), which should be interpreted in a manner "co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*" (para. 34).

The controversial aspect of *Noël* lies in its *obiter* extending to an accused at a retrial on the same indictment the identical protection enjoyed by witnesses who are compelled to testify at the trial of somebody else (or in another "proceeding"), and who can therefore invoke both s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. *Noël* decides that in both cases, the root of this protection lies "in the *quid pro quo*" (para. 22) under which as a matter of legislative policy, testimonial immunity at common law was exchanged in 1893 for a limited testimonial *use* immunity.

Noël was subsequently applied by this Court in *Allen*. That too was a case of an accused being confronted with prior testimony he had given as a witness at the trial of somebody else for the same murder. The Newfoundland Court of Appeal,

Il est souvent 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 tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [p. 23]

Suivant le juge Martin, lorsque la protection prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique, le témoignage antérieur du témoin ne peut être utilisé à *quelque* fin *que ce soit*, même pas pour miner sa crédibilité (p. 20). Dans *Noël*, dans le contexte de déclarations incriminantes faites par l'accusé actuel au procès antérieur d'un tiers, la juge Arbour a souscrit à cette interprétation (par. 31-33), sauf dans un cas très limité où elle estime que *Kuldip* s'applique, soit celui des déclarations qui étaient inoffensives lorsqu'elles ont été faites au premier procès et qui le sont toujours lorsqu'il s'agit d'établir la culpabilité au deuxième procès (par. 30 et 45). Selon elle, seul ce résultat est compatible avec la contrepartie « qui constitue un élément essentiel de l'art. 13 » (par. 25), lequel doit être interprété comme ayant « la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* » (par. 34).

L'aspect controversé de l'arrêt *Noël* réside dans l'opinion incidente qui accorde à l'accusé subissant un nouveau procès pour la même accusation une protection identique à celle dont bénéficient les témoins qui sont contraints de témoigner au procès d'un tiers (ou dans une autre « procédure »), et qui peuvent par conséquent invoquer tant l'art. 13 de la *Charte* que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Selon l'arrêt *Noël*, dans les deux cas, « il s'agit à l'origine d'une contrepartie » (par. 22) qui procède du choix fait par le législateur en 1893 de remplacer l'immunité testimoniale en common law par une immunité limitée touchant l'*utilisation* du témoignage.

Notre Cour a par la suite appliqué l'arrêt *Noël* dans l'affaire *Allen*, laquelle concernait elle aussi un accusé confronté à un témoignage antérieur donné au procès d'un tiers pour le même meurtre. La Cour d'appel de Terre-Neuve (le juge

O'Neill J.A. dissenting, found that the cross-examination was directed to credibility, and was therefore authorized by *Kuldip*: (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2. Some of the prior compelled testimony used “to impeach” included statements that the accused had killed or thought he had killed the victim. In a brief judgment, this Court without much discussion applied *Noël* to find a s. 13 violation.

38

To recapitulate: *Dubois* was an attempt to compel testimony at a retrial; *Mannion* and *Kuldip* involved the use of prior voluntary testimony of an accused at the retrial; and *Noël* and *Allen*, were attempts by the Crown to use the compelled testimony of a witness at an earlier trial who had become the accused at the later trial. Despite this variation, in all of these cases except *Kuldip*, the prior testimony was excluded on the basis of s. 13 operating in combination with s. 11(c) of the *Charter* (and, in *Noël*, with s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*). Clearly there has not been consistent adherence to the underlying purpose of s. 13, namely “to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves” (emphasis added) (*Dubois*, at p. 358; *Kuldip*, at p. 629; and *Noël*, at para. 21).

2. *Should the Court Reconsider Dubois?*

39

The Attorney General of Canada submits that the Court should overrule *Dubois* and hold that s. 13 has no application to a retrial. The rationale underlying *Dubois* for extending s. 13 protection to an accused in a retrial, however, was because when a “new” trial is ordered the accused is entitled not to testify at all. Thus, to allow the Crown simply to file the testimony of the accused given at the prior trial (now overturned) would permit the Crown indirectly to compel the accused to testify at the retrial where s. 11(c) of the *Charter* would not permit such compelled self-incrimination directly. The Crown must prove its case without

O'Neill était dissident) avait conclu que le contre-interrogatoire visait à attaquer la crédibilité et qu'il était donc autorisé en vertu de *Kuldip* : (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2. Le témoignage forcé utilisé afin de « discréditer » le témoin comprenait notamment des déclarations dans lesquelles l'accusé disait avoir tué la victime ou penser l'avoir tuée. Dans un jugement succinct, notre Cour a appliqué l'arrêt *Noël*, sans procéder à une longue analyse, et elle a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 13.

Pour récapituler, *Dubois* portait sur une tentative de forcer un témoignage lors d'un nouveau procès; *Mannion* et *Kuldip* concernaient l'utilisation, lors d'un nouveau procès, du témoignage volontaire que l'accusé avait donné antérieurement; dans *Noël* et *Allen*, le ministère public a voulu utiliser contre l'accusé, lors de son procès, le témoignage forcé qu'il avait donné à titre de témoin dans un procès antérieur. En dépit de ces différences, dans tous les cas sauf *Kuldip*, le témoignage antérieur a été exclu sur le fondement de l'art. 13, appliqué en conjonction avec l'al. 11c) de la *Charte* (et, dans *Noël*, avec le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*). On constate à l'évidence que certaines décisions s'éloignent de l'objet fondamental de l'art. 13, qui consiste à « protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (je souligne) (*Dubois*, p. 358; *Kuldip*, p. 629; et *Noël*, par. 21).

2. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Dubois?*

Le procureur général du Canada soutient que la Cour devrait revenir sur sa décision dans *Dubois* et déclarer que l'art. 13 ne s'applique pas à un nouveau procès. Toutefois, la raison fondamentale pour laquelle l'arrêt *Dubois* statue que la protection prévue à l'art. 13 s'étend à l'accusé qui subit un « nouveau » procès est le droit de l'accusé de ne pas témoigner du tout à son nouveau procès. Ainsi, en permettant au ministère public de déposer simplement le témoignage de l'accusé au procès antérieur (maintenant annulé), on lui permettrait de contraindre indirectement l'accusé à témoigner à son nouveau procès, alors que l'al. 11c) de la *Charte* lui

recruiting the accused to self-incriminate. As Lamer J. pointed out,

the accused is being *conscripted* to help the Crown in discharging its burden of *a case to meet*, and is thereby denied his or her right to stand mute until a case has been made out. [Emphasis in original; p. 365.]

Dubois, to repeat, was an attempt to compel testimony. The result was correct and we should decline the invitation to revisit it.

3. *Should the Court Reconsider Mannion?*

While *Mannion* followed *Dubois* on the textual point that the words “other proceedings” in s. 13 include a retrial of the same accused on the same indictment, it did not ask the further question whether excluding cross-examination on the prior volunteered testimony would further the *purpose* of s. 13 identified in *Dubois*, namely “to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves” (p. 358 (emphasis added)). *Mannion* was under reserve at the same time as *Dubois* and, as stated, the Court seems to have concluded that the result in the latter dictated the outcome of the former.

In my view, the crux of the problem is this. In *Dubois*, the prosecution sought to pre-empt the right of the accused not to testify. The filing of the earlier testimony was compelled self-incrimination. In *Mannion*, there was no such compulsion. The accused freely testified at his first trial and freely testified at his second trial. The compulsion, which lies at the root of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Experience in the 20 years since *Dubois* and *Mannion* were decided shows that taking our eye off the underlying purpose of s. 13 has given rise to a number of distinctions and sub-distinctions that in the end have proven unworkable. Indeed in *Noël*, as Fish J.A. pointed out when the case was

interdit de le forcer directement à s’auto-incriminer. Le ministère public doit faire sa preuve sans faire appel à l’accusé pour qu’il s’auto-incrimine. Comme le juge Lamer l’a fait remarquer,

l’accusé serait alors *forcé* d’aider la poursuite à s’acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu’à ce que la preuve ait été faite. [En italique dans l’original; p. 365.]

L’affaire *Dubois*, je le répète, portait sur la tentative de forcer un témoignage. Cette décision est bien fondée, et la Cour devrait refuser de la reconsidérer.

3. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Mannion?*

Bien que l’arrêt *Mannion* ait suivi l’arrêt *Dubois* quant à savoir si les mots « autres procédures » à l’art. 13 comprennent le nouveau procès d’un même accusé pour la même accusation, il n’a pas poursuivi l’analyse et examiné la question de savoir si l’exclusion du contre-interrogatoire sur le témoignage antérieur donné volontairement permettrait de réaliser l’*objet* de l’art. 13 défini dans *Dubois*, c’est-à-dire de « protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer » (p. 358 (je souligne)). L’affaire *Mannion* était en délibéré en même temps que l’affaire *Dubois* et, comme on l’a indiqué, la Cour semble avoir conclu que l’issue de cette dernière dictait celle de *Mannion*.

À mon avis, le nœud du problème est le suivant. Dans *Dubois*, le ministère public voulait agir d’une façon qui aurait empiété sur le droit de l’accusé de ne pas témoigner. Le dépôt du témoignage antérieur équivalait à une auto-incrimination forcée. Cette contrainte était absente dans l’affaire *Mannion*, où l’accusé avait choisi librement de témoigner à ses deux procès. La contrainte à l’origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l’art. 13, n’existait pas. Ce qui s’est produit au cours des 20 années écoulées depuis les arrêts *Dubois* et *Mannion* démontre qu’en s’éloignant de l’objet fondamental de l’art. 13, on tend à établir des distinctions et sous-distinctions qui mènent à des impasses fonctionnelles. Ainsi,

40

41

42

before the Quebec Court of Appeal, the jury asked a question which clearly demonstrated their failure (or unwillingness) to grasp the distinction between use of prior statements for the impeachment of credibility and use of prior statements for the purpose of incrimination (see (2001), 156 C.C.C. (3d) 17, at paras. 169 and 173-74, and in this Court, at paras. 19-20).

43 In my respectful view, notwithstanding the strong Court that decided *Mannion* and the cases that followed it, we should hold that s. 13 is *not* available to an accused who chooses to testify at his or her retrial on the same indictment.

44 The Court's practice, of course, is against departing from its precedents unless there are compelling reasons to do so: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 777-83; and *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at paras. 16-46. Nevertheless, while rare, departures do occur. In *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, it was said that "[t]his Court has made it clear that constitutional decisions are not immutable, even in the absence of constitutional amendment" (p. 704), and in the *Charter* context the Court in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, effectively overturned the result (if not the reasoning) in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858. In the area of human rights, important reappraisals were made in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 (overturning the reasoning in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561), and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (overturning *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183). The Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection.

comme le juge Fish siégeant alors à la Cour d'appel du Québec l'a souligné dans *Noël*, le jury a posé une question indiquant indéniablement qu'il ne réussissait pas (ou n'était pas disposé) à saisir la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer (voir [2001] R.J.Q. 1464, par. 169 et 173-74, et les motifs de notre Cour, par. 19-20).

Je suis d'avis que, malgré l'arrêt unanime de la Cour dans *Mannion* et les arrêts qui ont suivi, il nous faut statuer qu'un accusé qui choisit de témoigner à son nouveau procès pour la même accusation *ne peut pas* se prévaloir de l'art. 13.

Naturellement, il n'est pas d'usage à la Cour de s'écarter des précédents à moins de raisons impérieuses : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-783; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 16-46. Néanmoins, il lui arrive effectivement de s'en écarter, même si elle le fait rarement. L'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, précise que la « Cour a affirmé clairement que les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle » (p. 704) et, dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, elle a effectivement écarté, dans le contexte de la *Charte*, le résultat auquel elle était parvenue (sinon son raisonnement) dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858. D'importantes réévaluations ont été faites dans le domaine des droits de la personne, notamment dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (rejetant le raisonnement adopté dans *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561), et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (rejetant *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183). Cependant, la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

I believe there are compelling reasons for declining to follow *Mannion*. The first, as discussed earlier, is that *Mannion* did not adopt an interpretation in line with the purpose of s. 13 spelled out in *Dubois*. Although *Dubois* had said that no distinction should be drawn between testimony that had been compelled or voluntary at the first trial, that comment was made in the context of an attempt to compel testimony at the second trial. The second reason is that the consequences of failing to return to the purpose of s. 13 have only emerged over time as the courts have struggled to work with the distinction between impeachment of credibility and incrimination in ways that, as the appellants' invocation of *Noël* illustrates in the present case, become "unduly and unnecessarily complex and technical": *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 859. In *Noël*, it will be recalled, the Court identified permissible cross-examination by reference to testimony "innocuous" when made at the initial trial and "innocuous" when used at the retrial, opening up consideration of various combinations and permutations of statements innocuous/incriminating, incriminating/innocuous and incriminating/incriminating, an exercise in classification that when argued on a question by question basis can become both protracted and somewhat unpredictable, as an examination of the questions at issue in the present appeal illustrates.

The third reason, and I think the most important, is that the insistence that s. 13 has the same application in a retrial of the same accused on the same indictment as it does in a trial where the accused was formerly not an accused but a compellable witness has led to an unfair dilution of the s. 13 protection in the latter situation. Thus in the bank robbery example in *Kuldip*, the compelled testimony given as a witness at somebody else's trial would virtually guarantee the bank robber's conviction in his own subsequent prosecution. This is contrary to sound principle. Even though the bank robber was a compelled witness who had given *quid pro quo* testimony (as in *Noël*) at somebody else's trial, he would receive no greater or lesser protection than

Je crois qu'il existe des raisons impérieuses de ne pas suivre l'arrêt *Mannion*. Premièrement, je le répète, l'interprétation retenue dans *Mannion* n'était pas conforme à l'objet de l'art. 13 défini dans *Dubois*. Bien que la Cour ait indiqué, dans *Dubois*, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer les témoignages selon qu'ils étaient forcés ou volontaires au premier procès, elle a fait ce commentaire dans le contexte d'une tentative de forcer un témoignage au second procès. Deuxièmement, les conséquences du défaut de se reporter à l'objet de l'art. 13 se sont manifestées graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d'appliquer la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer qui, comme le démontre l'utilisation de *Noël* faite par les appelants en l'espèce, sont devenues « inutilement et indûment complexe[s] et formaliste[s] » : *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 859. On se rappellera que, dans *Noël*, la Cour a déterminé quels contre-interrogatoires étaient permis en faisant référence au témoignage qui est « inoffensif » au procès initial et demeure « inoffensif » au moment où il est utilisé lors du nouveau procès, ouvrant ainsi la porte à l'examen de diverses combinaisons et permutations de déclarations inoffensives/incriminantes, incriminantes/inoffensives et incriminantes/incriminantes, un exercice de classification qui, s'il est exécuté individuellement pour chaque question, peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible, comme le révèle l'examen des questions en litige en l'espèce.

Enfin, la troisième raison — et, à mon avis, la plus importante — est qu'en soutenant que l'art. 13 s'applique de la même façon qu'il s'agisse du deuxième procès d'un même accusé pour la même infraction ou du procès d'un accusé qui n'était qu'un témoin contraignable dans l'instance antérieure, on a indûment affaibli la protection offerte par l'art. 13 dans cette deuxième situation. Ainsi, dans l'exemple du voleur de banque évoqué dans *Kuldip*, la déposition forcée qu'il a faite en qualité de témoin au procès d'un tiers lui vaudrait presque inévitablement d'être déclaré coupable lors de son propre procès. Ce résultat serait contraire à des principes judiciaires. Même si le voleur de banque a été contraint de témoigner au procès d'un tiers,

an accused who had been under no such compulsion at the earlier trial (*Kuldip* and *Mannion*). The attempt to subject these very different situations to the same constitutional rule results in the end in a satisfactory solution for neither.

47

In *Noël*, the Court saw the unfairness of putting *compelled* testimony to the accused and held that the Crown would be permitted to cross-examine an accused on prior testimony 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. [Emphasis added; para. 54.]

The “no possibility” test significantly raises the bar set in *Kuldip*, yet one can readily see the need for such a stringent test on the facts of *Noël*, where the prior statements were made by a compelled witness who had invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. However, the stringency of the “no possibility” test in *Noël* does not provide a satisfactory resolution in the case of a retrial of the accused who volunteers testimony at both trials and then seeks to shelter self-serving inconsistencies behind a *Charter* barrier. While the appellants argue (with some justification) that such an immunity flows from the *Mannion* line of cases, such a result is completely inconsistent with a purposive reading of s. 13. For these reasons, I believe *Mannion* should not be followed. Accused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge are in no need of protection “from being indirectly compelled to incriminate themselves” in any relevant sense of the word, and s. 13 protection should not be available to them.

fournissant ainsi sa contrepartie (comme dans *Noël*), la protection dont il bénéficierait ne serait pas différente de celle accordée à un accusé qui n’aurait pas fait l’objet d’une telle contrainte lors du procès antérieur (*Kuldip* et *Mannion*). En voulant appliquer la même règle constitutionnelle à ces situations très différentes, on aboutit à un résultat insatisfaisant dans les deux cas.

Dans *Noël*, la Cour a reconnu qu’il serait contraire à l’équité de confronter un accusé à son témoignage *forcé*, et elle a statué que le ministère public ne serait être autorisé à contre-interroger un accusé sur un témoignage antérieur que

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. [Je souligne; par. 54.]

Le critère de l’« impossibilité » est nettement plus exigeant que celui énoncé dans *Kuldip*, mais la nécessité d’un critère aussi rigoureux est facile à constater si l’on se reporte à l’affaire *Noël*, où les déclarations antérieures avaient été faites par un témoin forcé qui avait invoqué le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, la rigueur du critère de l’« impossibilité » énoncé dans *Noël* ne donne pas un résultat satisfaisant lorsqu’un accusé témoigne volontairement à ses deux procès et tente ensuite de protéger ses déclarations incompatibles intéressées en invoquant la *Charte*. Bien que les appelants avancent l’argument (justifié dans une certaine mesure) qu’une telle immunité découle des arrêts rendus dans la lignée de *Mannion*, ce résultat est totalement incompatible avec une interprétation téléologique de l’art. 13. J’estime, pour ces raisons, qu’il n’y a pas lieu de suivre l’arrêt *Mannion*. Les accusés qui, sans y être contraints, décident de témoigner à leur nouveau procès pour y faire des déclarations incompatibles avec celles qu’ils ont faites volontairement à leur premier procès relativement à la même accusation n’ont pas besoin d’être protégés « contre l’obligation indirecte de s’incriminer », quel que soit le sens attribué à ce mot, et ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l’art. 13.

4. *Should the Court Reconsider Kuldip?*

Insofar as *Kuldip* permitted cross-examination of the accused on the inconsistent testimony he volunteered at his first trial, *Kuldip* should, of course, be affirmed. However, insofar as the Court felt compelled by *Mannion* to narrow the purpose of the cross-examination to the impeachment of credibility, and to deny the probative effect of the answers on the issue of guilt or innocence, it seems to me our decision today not to follow *Mannion* renders such restrictions no longer operative. If the contradiction reasonably gives rise to an inference of guilt, s. 13 of the *Charter* does not preclude the trier of fact from drawing the common sense inference.

5. *Should the Court Reconsider Noël?*

Noël is a classic example of prosecutorial abuse of the very “bargain” s. 13 was designed to enforce. Noël was not on trial at the time he gave the testimony subsequently relied upon by the Crown. He was a compellable witness who at common law could have refused to answer the Crown’s questions that tended to show his guilt. He was compelled by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* to answer the incriminating questions, and in consequence he invoked the protection of s. 5(2). When s. 5(2) says “the answer so given shall not be used or admissible in evidence”, it means not to be used for *any* purpose, including the impeachment of credibility. We should affirm the correctness of the result in *Noël* on its facts.

I would go further. Even though s. 13 talks of precluding the use of prior evidence “to incriminate that witness”, and thus implicitly leaves the door open to its use for purposes other than incrimination such as impeachment of credibility (as *Kuldip* accepted), experience has demonstrated the difficulty in practice of working with that distinction. If, as *Noël* held, and as Arthur Martin J.A.

4. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Kuldip?*

L’arrêt *Kuldip* devrait bien sûr être confirmé, dans la mesure où il permet le contre-interrogatoire d’un accusé sur les déclarations incompatibles qu’il a faites volontairement à son premier procès. Toutefois, comme la Cour s’est sentie obligée, par l’arrêt *Mannion*, de limiter le but du contre-interrogatoire à une attaque de la crédibilité et de nier aux réponses tout effet probant relativement à la culpabilité ou à l’innocence, je crois que la présente décision de ne pas suivre l’arrêt *Mannion* a rendu ces restrictions inopérantes. Si les contradictions permettent raisonnablement d’inférer la culpabilité, l’art. 13 de la *Charte* n’empêche pas le juge des faits de tirer des conclusions fondées sur le bon sens.

5. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Noël?*

L’affaire *Noël* est l’exemple classique du non-respect par la poursuite du « marché » même auquel l’art. 13 vise à donner effet. M. Noël ne subissait pas son propre procès lorsqu’il a fait le témoignage que le ministère public a voulu utiliser par la suite. Il était un témoin contraignable qui, suivant la common law, aurait pu refuser de répondre aux questions de la poursuite qui tendaient à l’incriminer. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* l’obligeant à répondre aux questions incriminantes, il s’est prévalu de la protection prévue au par. 5(2). Le libellé du par. 5(2) selon lequel la réponse d’un témoin « ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve » signifie qu’elle ne peut être invoquée à *quelque fin que ce soit*, même pas pour attaquer sa crédibilité. Nous devons confirmer la validité de l’arrêt *Noël*, compte tenu des faits en cause.

J’irais plus loin. Bien que l’art. 13 dispose que le témoignage antérieur d’une personne ne peut être « utilisé pour l’incriminer », et qu’il laisse ainsi implicitement subsister la possibilité de l’utiliser à une autre fin que pour l’incriminer, par exemple pour attaquer sa crédibilité (comme l’a reconnu l’arrêt *Kuldip*), l’expérience a démontré qu’il était difficile d’appliquer cette distinction en pratique.

48

49

50

observed in *Kuldip*, the distinction is unrealistic in the context of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, it must equally be unrealistic in the context of s. 13 of the *Charter*. Accordingly, by parity of reasoning, I conclude that the prior *compelled* evidence should, under s. 13 as under s. 5(2), be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to “a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence”.

6. *Should the Court Reconsider Allen?*

51 *Allen* was a straightforward application of *Noël* to an accused who was confronted with prior compelled testimony given at the trial of somebody else. He had given his *quid pro quo*. The decision was correct.

7. *The Significance of Obiter Dicta in Noël*

52 The Attorney General of Ontario, in particular, argued more strenuously about some of the *obiter* commentary in *Noël* than about its actual result, such as Arbour J.’s suggestion that circumstances enabling a *Kuldip* type cross-examination might be “rare” (para. 60). The Attorney General worries that this sort of *obiter* will be seen as binding on trial courts. I do not think this “concern” is plausible. The comment was neither part of the legal analysis nor a direction to trial courts. It was simply an observation by an experienced judge. More significantly, the respondent and the intervening attorneys general contend that everything said in *Noël* about the application of s. 13 to an accused in a retrial on the same charge is *obiter*. While I agree that every judgment has to be read in light of the facts the Court was dealing with, and that *Noël* was emphatically not a case of a retrial of the same accused on the same indictment, nevertheless I believe the submissions of the attorneys general presuppose a strict and tidy demarcation between

Si, comme l’a statué l’arrêt *Noël* et l’a fait remarquer le juge Arthur Martin dans *Kuldip*, cette distinction est irréaliste dans le contexte du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, elle doit aussi l’être dans le contexte de l’art. 13 de la *Charte*. Par souci de cohérence, je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* doit être considéré, tant sous le régime de l’art. 13 de la *Charte* que sous celui du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme inadmissible en preuve contre l’accusé, même dans le but manifeste d’attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l’art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ».

6. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Allen?*

L’affaire *Allen* est un cas d’application pure et simple de l’arrêt *Noël* à un accusé confronté à des déclarations antérieures qu’il avait faites à titre de témoin contraignable au procès d’un tiers. Il avait fourni sa contrepartie. Cette décision est correcte.

7. *La portée des remarques incidentes exprimées dans Noël*

Le procureur général de l’Ontario, en particulier, a fait valoir son point de vue sur certaines remarques incidentes exprimées dans *Noël* avec plus d’énergie que sur les principes effectivement établis par cette décision, notamment en ce qui concerne l’observation de la juge Arbour selon laquelle les circonstances où le contre-interrogatoire sera permis conformément à *Kuldip* seront « rares » (par. 60). Le procureur général craint que les tribunaux de première instance se sentent liés par ce genre de remarques. Cette « crainte » n’est pas plausible selon moi. Ce commentaire ne faisait nullement partie de l’analyse juridique et ne constituait aucunement une directive à l’intention des tribunaux de première instance. Il s’agissait simplement d’une observation émanant d’un juge expérimentée. Ce qui est plus important, l’intimée et les procureurs généraux intervenants soutiennent que tout ce qui est dit dans *Noël* au sujet de l’application de l’art. 13 au nouveau procès d’un accusé pour la même accusation n’a que valeur

the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which they say may safely be ignored. I believe that this supposed dichotomy is an oversimplification of how the common law develops.

The traditional view expressed by the Earl of Halsbury L.C. was that “a case is only an authority for what it actually decides”, and that

every judgment must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law, but governed and qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found.

(*Quinn v. Leatham*, [1901] A.C. 495 (H.L.), at p. 506)

The caution was important at the time, of course, because the House of Lords did not then claim the authority to review and overrule its own precedents. This is no longer the case. Even in the time of the Earl of Halsbury L.C., however, the challenge was to know how broadly or how narrowly to draw “what it actually decides” (p. 506). In Canada in the 1970s, the challenge became more acute when this Court’s mandate became oriented less to error correction and more to development of the jurisprudence (or, as it is put in s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to deal with questions of “public importance”). The amendments to the *Supreme Court Act* had two effects relevant to this question. Firstly, the Court took fewer appeals, thus accepting fewer opportunities to discuss a particular area of the law, and some judges felt that “we should make the most of the opportunity by adopting a more expansive approach to our

de remarque incidente. Bien que je convienne qu’il faille interpréter chaque décision en fonction des faits en cause et que l’affaire *Noël* ne mettait absolument pas en cause le nouveau procès d’un accusé pour la même accusation, je suis d’avis que l’affirmation des procureurs généraux présuppose qu’il existe une ligne de démarcation très nette entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d’une affaire, qui a force contraignante, et les remarques incidentes, dont on peut, selon eux, faire abstraction sans danger. À mon avis, cette prétendue dichotomie procède d’une simplification à outrance du mode évolutif de la common law.

Selon l’opinion classique exprimée par le comte Halsbury, lord chancelier, [TRADUCTION] « une décision ne fait autorité qu’à l’égard des questions qu’elle tranche effectivement », et

[TRADUCTION] chaque jugement doit être interprété tel qu’il s’applique aux faits particuliers qui ont été établis, ou que l’on présume avoir été établis, car la plupart des énoncés qui y figurent ne se veulent pas des exposés de l’ensemble du droit, mais sont régis et nuancés par les faits particuliers de l’affaire dans laquelle ils se trouvent.

(*Quinn c. Leatham*, [1901] A.C. 495 (H.L.), p. 506)

Naturellement, cette mise en garde était importante à l’époque, parce que la Chambre des Lords ne se prétendait pas alors autorisée à réviser et à écarter ses propres décisions. Ce n’est plus le cas aujourd’hui. Toutefois, même à l’époque du comte Halsbury, la difficulté consistait à ne pas circonscire trop largement ni trop étroitement les [TRADUCTION] « questions [que la décision] tranche effectivement » (p. 506). Dans les années 1970, au Canada, cette difficulté s’est accrue avec la réorientation de la mission de notre Cour, qui consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence (ou à analyser des questions ayant de « l’importance [. . .] pour le public », aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26). Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* ont eu deux effets pertinents pour la question qui nous occupe. Premièrement, la Cour a autorisé moins

decision-making role”: B. Wilson, “Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, at p. 234. Secondly, and more importantly, much of the Court’s work (particularly under the *Charter*) required the development of a general analytical framework which necessarily went beyond what was essential for the disposition of the particular case. In those circumstances, the Court nevertheless intended that effect be given to the broader analysis. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, for example, Dickson C.J. laid out a broad purposive analysis of s. 1 of the *Charter*, but the dispositive point was his conclusion that there was no rational connection between the basic fact of possession of narcotics and the legislated presumption that the possession was for the purpose of trafficking. Yet the entire approach to s. 1 was intended to be, and has been regarded as, binding on other Canadian courts. It would be a foolhardy advocate who dismissed Dickson C.J.’s classic formulation of proportionality in *Oakes* as mere *obiter*. Thus if we were to ask “what *Oakes* actually decides”, we would likely offer a more expansive definition in the post-*Charter* period than the Earl of Halsbury L.C. would have recognized a century ago.

de pourvois, se donnant ainsi moins de possibilités d’examiner un point de droit particulier, et certains juges ont estimé qu’il fallait [TRADUCTION] « tirer le plus grand parti possible de l’occasion offerte, en abordant notre fonction décisionnelle dans une perspective plus large » : B. Wilson, « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, p. 234. Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Cour a dû, dans bon nombre de dossiers (en particulier, ceux concernant la *Charte*), élaborer un cadre général d’analyse qui débordait nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi. En pareil cas, la Cour voulait néanmoins conférer une certaine force contraignante à ce cadre général. Ainsi, le juge en chef Dickson, dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, a établi une méthode d’analyse téléologique générale pour l’application de l’article premier de la *Charte*, alors que le dispositif proprement dit de cet arrêt statuait qu’il n’existait aucun lien rationnel entre le simple fait d’avoir des stupéfiants en sa possession et la présomption légale que cette possession avait pour but d’en faire le trafic. Cependant, l’ensemble de la démarche décrite pour l’application de l’article premier était censée lier les autres tribunaux canadiens, et a effectivement été perçue ainsi. Il faudrait être bien téméraire aujourd’hui pour prétendre que l’énoncé classique du juge en chef Dickson sur la proportionnalité, dans l’arrêt *Oakes*, n’est qu’une remarque incidente. C’est pourquoi si l’on se demande quelles « questions l’arrêt *Oakes* tranche effectivement », on arrivera probablement à une définition plus large depuis l’entrée en vigueur de la *Charte* que celle que le comte Halsbury aurait formulée un siècle auparavant.

54

From time to time there have been statements of some members of this Court that have been taken to suggest that other courts are bound by this Court’s considered ruling on a point of law, even a point not strictly necessary to the conclusion. Most famously, in *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, at p. 529, Chouinard J. resolved an issue respecting jury instructions by reference to an earlier decision of this Court and said:

Certaines observations faites par des juges de notre Cour ont été interprétées, à l’occasion, comme signifiant que les autres tribunaux sont liés par l’opinion que la Cour exprime sur un point de droit après l’avoir examiné attentivement, même lorsqu’il n’était pas nécessaire qu’elle l’examine pour rendre jugement. Citons en exemple l’arrêt *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, l’un des cas les plus notoires, où le juge Chouinard tranche une question concernant les directives au jury en se reportant à un arrêt antérieur de la Cour et dit, à la p. 529 :

... this is the interpretation that must prevail.

As it does from time to time, the Court has thus ruled on the point, although it was not absolutely necessary to do so in order to dispose of the appeal.

This statement was perfectly understandable in context. So far as Chouinard J. was concerned, the Court of which he was a member had ruled on the point, and he proposed to be consistent and follow it. However, the “*Sellars* principle”, as it came to be known, was thought by some observers to stand for the proposition that whatever was said in a majority judgment of the Supreme Court of Canada was binding, no matter how incidental to the main point of the case or how far it was removed from the dispositive facts and principles of law; for varying views see, e.g., *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses’ Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101 (Ont. C.A.); *R. v. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720 (Man. C.A.); *R. v. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1 (S.C.); *Clark v. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (N.B.C.A.); *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.); *Moses v. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (B.C.C.A.); *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712 (C.A.); *Cardella v. Minister of National Revenue* (2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39. Other cases are more critical: *R. v. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409 (Man. C.A.); *R. v. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1 (Nfld. C.A.); *R. v. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God’s Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22.

Some of these comments simply reflect the practical consideration that disregarding the majority view of this Court on a point of law, even if it was not strictly necessary for the disposition of the case in which it was expressed, may just precipitate a successful appeal. Other comments suggested that the “*Sellars* principle” had ripened into a new doctrine of law. This extension was challenged in “*Ratio Decidendi and Obiter Dicta*” (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689, by the Honourable Douglas Lambert, writing extra-judicially, who canvassed the case law and concluded that at least

... telle est l’interprétation qui prévaut.

La Cour, comme elle le fait à l’occasion, s’est ainsi prononcée sur la question, même s’il n’était pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi.

Cet énoncé était bien compréhensible dans son contexte. Pour le juge Chouinard, l’instance décisionnelle dont il faisait partie avait statué sur la question, et il entendait faire preuve de cohérence et appliquer la règle. Toutefois, certains observateurs ont considéré que le « principe *Sellars* », comme on a fini par l’appeler, voulait que chaque observation figurant dans les motifs des juges majoritaires, si accessoire soit-elle par rapport à la question principale et si éloignée soit-elle des faits et principes de droit déterminants, avait force contraignante; pour différents points de vue, voir, p. ex., *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses’ Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101 (C.A. Ont.); *R. c. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720 (C.A. Man.); *R. c. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1 (C.S.); *Clark c. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (C.A.N.-B.); *Scarff c. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.); *Moses c. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (C.A.C.-B.); *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712 (C.A.); *Cardella c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 322 (QL), 2001 CAF 39. D’autres décisions sont plus critiques : *R. c. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409 (C.A. Man.); *R. c. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1 (C.A.T.-N.); *R. c. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. c. God’s Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22.

Certains de ces commentaires expriment simplement le point de vue pragmatique voulant que faire abstraction d’une opinion majoritaire de la Cour sur un point de droit, même non essentiel à l’arrêt, risque de se traduire par une infirmation en appel. D’autres laissent entendre que le « principe *Sellars* » a accédé au rang de nouvelle règle de droit, ce que nie le juge Douglas Lambert dans l’article « *Ratio Decidendi and Obiter Dicta* » (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689. Il y passe en revue la jurisprudence et conclut que la confusion est attribuable en partie, du moins, à une erreur dans la traduction

some of the confusion was due to an error translating Chouinard J.'s opinion from French to English as well as by an overstatement by the writer of the English headnote in *Sellars* itself. More recently, Professor M. Devinat, in "L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 1, suggested that some courts were only too willing to broaden the scope of the "*Sellars* principle" to lighten their own workload by minimizing what remained for them to decide. If Professor Devinat is correct, the effect would be to deprive the legal system of much creative thought on the part of counsel and judges in other courts in continuing to examine the operation of legal principles in different and perhaps novel contexts, and to inhibit or skew the growth of the common law. This would be a consequence totally unforeseen and unintended by the Court that decided *Sellars*. Thus the notion of "binding effect" as a matter of law was disavowed by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 168, for example, where Lamer C.J., writing for six members of the seven-judge panel said that "the remarks of Le Dain J. [writing for the Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673] were strictly *obiter dicta*, and do not bind the courts below".

de l'opinion du juge Chouinard du français à l'anglais et à une exagération de la part de l'auteur de la version anglaise du sommaire de l'arrêt *Sellars* lui-même. Plus récemment, dans « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1, le professeur M. Devinat a exprimé l'avis que certains tribunaux n'étaient que trop heureux d'élargir la portée du « principe *Sellars* » pour alléger leur charge de travail en minimisant ce qu'il leur restait à décider. Si le professeur Devinat a raison, ce phénomène aurait pour effet de priver le système de justice d'un important apport créateur de la part des avocats et des juges d'autres tribunaux constamment appelés à examiner l'application des principes juridiques dans des contextes différents et peut-être inédits, et de freiner ou de fausser l'évolution de la common law. Or, les juges qui ont rendu l'arrêt *Sellars* n'ont absolument pas voulu ni prévu cette conséquence. Par conséquent, notre Cour a rejeté la notion d'effet juridiquement contraignant, par exemple, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, où le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de six des sept juges de la formation, a écrit au par. 168 : « les remarques du juge Le Dain [qui a rédigé le jugement de la Cour dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673] étaient strictement une opinion incidente, qui ne lie pas les juridictions inférieures ».

57

The issue in each case, to return to the Halsbury question, is what did the case decide? Beyond the *ratio decidendi* which, as the Earl of Halsbury L.C. pointed out, is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not "binding" in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its

Pour reprendre la formulation du comte Halsbury, il faut se demander chaque fois quelles questions ont été effectivement tranchées. Au-delà de la *ratio decidendi* qui est généralement ancrée dans les faits, comme l'a signalé le comte Halsbury, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le

growth and creativity. The notion that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience.

These propositions may be illustrated by *Noël* itself. At paragraph 36 and following, Arbour J. summarizes aspects of the jurisprudence under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, including points not necessary to the *Noël* judgment itself. The discussion, while *obiter*, is (as the saying goes) learned *obiter*, and would quite properly be regarded in future cases as an authoritative summary. On the other hand, the “rare circumstances” comment that bothered the Attorney General of Ontario was not part of the analysis, and should not be taken as imposing a rule or norm or even a statistical hurdle limiting other courts.

It is neither desirable nor practical to go through *Dubois*, *Mannion*, *Kuldip* and *Noël* to identify which of the *obiter* statements urged upon us by counsel at the hearing of this appeal should be regarded as authoritative. The present reasons endeavour to re-establish the core concept stated in *Dubois* that “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” (p. 358). To the extent statements in the other cases are inconsistent with the rationale of compulsion (the “*quid pro quo*”), they should no longer be regarded as authoritative.

IV. Conclusion

The result of a purposeful interpretation of s. 13 is that an accused will lose the *Mannion* advantage in relation to prior *volunteered* testimony but his or

voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. La thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent.

L'arrêt *Noël* lui-même peut servir d'illustration à cet égard. Aux paragraphes 36 et suiv., la juge Arbour résume certains points de la jurisprudence relative au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, dont des points non essentiels pour la décision à rendre dans *Noël*. Cet examen, même s'il s'agit d'une remarque incidente, est ce qu'on peut appeler une analyse savante, et il pourrait fort bien être considéré dans des dossiers ultérieurs comme un résumé qui fait autorité. Par contre, la remarque quant aux « rares circonstances » qui inquiétait le procureur général de l'Ontario ne faisait pas partie de l'analyse et ne doit pas être perçue comme imposant une règle, une norme ou même un obstacle statistique qui limite la marge de manœuvre des autres tribunaux.

Il ne serait ni utile ni souhaitable de passer au crible les arrêts *Dubois*, *Mannion*, *Kuldip* et *Noël* pour déterminer, parmi les remarques incidentes invoquées par les avocats à l'audition du pourvoi, celles qui devraient être considérées comme faisant autorité. Les présents motifs veulent rétablir le concept fondamental formulé dans *Dubois*, selon lequel « 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 » (p. 358). Dans la mesure où les énoncés figurant dans les autres arrêts sont incompatibles avec la justification de la contrainte (la contrepartie), ils ne devraient plus être considérés comme faisant autorité.

IV. Conclusion

Selon une interprétation téléologique de l'art. 13, l'accusé perdra l'avantage que lui conférait l'arrêt *Mannion* relativement à son témoignage antérieur

58

59

60

her protection against the use of prior *compelled* testimony will be strengthened. The two different situations will be treated differently instead of homogenized, and the unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination will be avoided.

61

For the foregoing reasons, I conclude that the s. 13 *Charter* rights of the appellants (who were volunteers at both trials) were not violated by the Crown's cross-examination. Their appeals must therefore be dismissed.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Henry: J. M. Brian Coleman and Lisa Sturgess, Vancouver.

Solicitor for the appellant Riley: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

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

volontaire, mais sa protection contre l'utilisation de ses témoignages antérieurs *forcés* sera renforcée. Ces deux situations différentes ne seront pas assimilées, mais traitées différemment, et l'imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu'un et tenter de l'incriminer sera éliminée.

Pour ces motifs, je conclus que le contre-interrogatoire mené par le ministère public n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 13 de la *Charte* garantit aux appelants — qui ont témoigné volontairement à leurs deux procès. Je suis donc d'avis que leurs pourvois doivent être rejetés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant Henry : J. M. Brian Coleman et Lisa Sturgess, Vancouver.

Procureur de l'appellant Riley : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.