

Clifford Crawford Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. CRAWFORD

File No.: 23711.

1994: November 4; 1995: March 30.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether appellant's right to silence infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Evidence — Joint trials — Right to pre-trial silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether cross-examination violating appellant's right to silence — Whether trial judge erring in instructions to jury on use to be made of evidence that appellant had not given statement to police — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The appellant and C went out drinking at a bar one night where they met and befriended the deceased, who was impaired. The three men left the bar together, all appearing to witnesses to be drunk, and the deceased was robbed and beaten with a 2 x 4 piece of lumber. The appellant and C were charged with second degree murder. The appellant made no statement to the police. He testified at trial, 13 months after the murder, that he had never struck the deceased and denied that he had aided

Clifford Crawford Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. CRAWFORD

Nº du greffe: 23711.

1994: 4 novembre; 1995: 30 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le droit de l'appelant de garder le silence a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Preuve — Procès conjoints — Droit de garder le silence avant le procès — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le contre-interrogatoire a-t-il porté atteinte au droit de l'appelant de garder le silence? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury quant à l'utilisation pouvant être faite de la preuve que l'appelant n'avait fait aucune déclaration à la police? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Un soir, l'appelant et C sont allés prendre un verre dans un bar où ils ont rencontré la victime, dont les facultés étaient affaiblies et avec qui ils se sont liés d'amitié. Les trois hommes ont quitté le bar ensemble, apparemment tous en état d'ivresse selon des témoins, puis la victime a été volée et battue à l'aide d'un «deux-par-quatre». L'appelant et C ont été inculpés de meurtre au deuxième degré. L'appelant n'a fait aucune déclaration à la police. Il a témoigné au procès, 13 mois après

or abetted in the assault. C's counsel cross-examined the appellant on the appellant's failure to make any statements to the police. C did not testify at trial. His version of the events was set out in a videotaped statement to the police on his arrest. Effectively, each accused cast the blame primarily on the other, and each relied on the defence of intoxication as negating the intent for murder. The appellant and C were both convicted of second degree murder. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the convictions. This appeal is to determine (1) whether the cross-examination of the appellant on his failure to give a statement to the police and the trial judge's failure to instruct the jury to disregard that cross-examination violated his pre-trial right to silence protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (2) whether the trial judge erred in instructing the jury as to the use it could make of the evidence that the appellant had not given a statement to the police, in light of his constitutionally guaranteed right to remain silent.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: It is a corollary of the right to choose to remain silent during the pre-trial investigation that, if exercised, this fact is not to be used against the accused at a subsequent trial on a charge arising out of the investigation and no inference is to be drawn against an accused because he or she exercised the right. The right to pre-trial silence, however, like other *Charter* rights, is not absolute. Application of *Charter* values must take into account other interests and in particular other *Charter* values which may conflict with their unrestricted and literal enforcement. This approach to *Charter* values is especially apt in this case in that the conflicting rights are protected under the same section of the *Charter*.

Co-accused persons clearly have the right to cross-examine each other in making full answer and defence. Restrictions that apply to the Crown may not apply to restrict this right of the co-accused. The right to make full answer and defence is not, however, absolute. When the right is asserted by accused persons in a joint trial, regard must be had for the effect of the public interest in joint trials with respect to charges arising out of a com-

le meurtre, qu'il n'avait jamais frappé la victime et il a nié avoir apporté son aide ou son encouragement dans l'agression. L'avocat de C a contre-interrogé l'appelant concernant son omission de faire une déclaration aux policiers. C n'a pas témoigné au procès. Sa version des faits est donnée dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo par la police lors de son arrestation. De fait, chacun des accusés rejette le blâme sur l'autre, et chacun invoque la défense fondée sur l'intoxication afin de repousser l'intention afférente au meurtre. L'appelant et C ont tous deux été reconnus coupables de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a maintenu les déclarations de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer (1) si le contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son omission de faire une déclaration à la police et l'omission du juge du procès de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire violaient le droit de l'appelant de garder le silence avant le procès, garanti à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et (2) si le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury des directives quant à l'usage que celui-ci pouvait faire de la preuve que l'appelant n'avait pas fait de déclaration à la police, vu le droit constitutionnel qu'avait ce dernier de garder le silence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le droit de garder le silence pendant l'enquête antérieure au procès a comme corollaire que son exercice ne peut être reproché à l'accusé au procès lorsqu'une accusation est portée à l'issue de l'enquête et qu'il ne faut en tirer aucune conclusion défavorable à l'égard de l'accusé. À l'instar d'autres droits garantis par la *Charte*, le droit de garder le silence avant le procès n'est toutefois pas absolu. Le respect des valeurs qui sous-tendent la *Charte* doit prendre en considération d'autres intérêts et, en particulier, d'autres valeurs de la *Charte* qui peuvent être incompatibles avec le respect intégral des premières. Cette démarche est particulièrement valable en l'espèce, les droits conflictuels étant garantis par la même disposition de la *Charte*.

Le droit d'un accusé de contre-interroger un coaccusé aux fins de présenter une défense pleine et entière ne fait aucun doute. Des restrictions applicables au ministère public peuvent ne pas avoir pour effet de limiter ce droit de l'accusé. Le droit à une défense pleine et entière n'est cependant pas absolu. Lorsque des accusés font valoir ce droit dans le cadre d'un procès conjoint, il faut tenir compte de l'intérêt public afférent à la tenue de

mon enterprise. Although the trial judge has a discretion to order separate trials, that discretion must be exercised on the basis of principles of law which include the instruction that severance is not to be ordered unless it is established that a joint trial will work an injustice to the accused. The mere fact that a co-accused is waging a "cut-throat" defence is not in itself sufficient.

To resolve the competing interests at issue, a balance between the rights of the two co-accused must be struck taking into account the interest of the state in joint trials. An accused who testifies against a co-accused cannot rely on the right to silence to deprive the co-accused of the right to challenge that testimony by a full attack on the former's credibility including reference to his pre-trial silence. The co-accused may thus dispel the evidence which implicates him emanating from his co-accused. He cannot, however, go further and ask the trier of fact to consider the evidence of his co-accused's silence as positive evidence of guilt or which the Crown can rely to convict. The limited use to which the evidence can be put must of course be explained to the jury with some care. The jury should be told: (1) that the co-accused who has testified against the accused had the right to pre-trial silence and not to have the exercise of that right used as evidence as to innocence or guilt; (2) that the accused implicated by the evidence of the co-accused has the right to make full answer and defence including the right to attack the credibility of the co-accused; (3) that the accused implicated by the evidence of the co-accused had the right, therefore, to attack the credibility of the co-accused by reference to the latter's failure to disclose the evidence to the investigating authorities; (4) that this evidence is not to be used as positive evidence on the issue of innocence or guilt to draw an inference of consciousness of guilt or otherwise; (5) that the evidence could be used as one factor in determining whether the evidence of the co-accused is to be believed. The failure to make a statement prior to trial may reflect on the credibility of the accused or it may be due to other factors such as the effect of a caution or the advice of counsel. If the jury concluded that such failure was due to a factor that did not reflect on the credibility of the accused, then it must not be given any weight.

In this case there was nothing in the manner or form of the cross-examination that amounted to an improper use of this evidence. The charge and re-charge, how-

procès conjoints dans le cas d'accusations qui découlent d'une entreprise commune. Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts, il doit exercer ce pouvoir en tenant compte de principes juridiques, y compris celui voulant que la tenue de procès distincts ne soit ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. Le seul fait qu'un coaccusé a recours à une défense «traistresse» n'est pas suffisant en soi.

Pour régler les intérêts opposés qui sont en cause, il convient d'établir entre les droits respectifs des deux coaccusés un équilibre qui tienne compte de l'intérêt de l'État dans la tenue de procès conjoints. L'accusé qui, par son témoignage, incrimine un coaccusé ne peut s'appuyer sur son droit de garder le silence pour priver ce dernier du droit de contester son témoignage par une attaque systématique contre sa crédibilité, notamment en faisant état de son silence avant le procès. Ainsi, le coaccusé peut contrer la preuve incriminante qui émane de son coaccusé. Il ne peut cependant aller plus loin et demander au juge des faits de considérer le silence de son coaccusé comme une preuve positive de culpabilité sur laquelle le ministère public pourrait se fonder pour obtenir une déclaration de culpabilité. Les restrictions qui s'appliquent à l'utilisation de cette preuve doivent évidemment être expliquées au jury avec un certain soin. Voici ce qu'il faudrait dire au jury: (1) le coaccusé qui a témoigné contre l'accusé avait le droit de garder le silence avant le procès et l'exercice de ce droit ne pouvait pas être utilisé comme preuve de son innocence ou de sa culpabilité; (2) l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé a le droit de présenter une défense pleine et entière, y compris le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé; (3) l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé avait donc le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé en faisant état de l'omission de ce dernier de divulguer la preuve aux enquêteurs; (4) cette preuve ne peut être utilisée comme preuve positive quant à la question d'innocence ou de culpabilité pour conclure à l'existence de la conscience de culpabilité; (5) la preuve pourrait être utilisée comme un facteur aux fins de déterminer si le témoignage du coaccusé est crédible. L'omission de faire une déclaration avant le procès peut entacher la crédibilité de l'accusé, ou elle peut être imputée à d'autres facteurs, comme l'effet d'une mise en garde ou les conseils d'un avocat. Si le jury est d'avis que l'omission est due à un facteur qui n'entache pas la crédibilité de l'accusé, il ne doit pas en tenir compte.

En l'espèce, rien dans les modalités ou le déroulement du contre-interrogatoire ne permet de conclure que cet élément de preuve a été utilisé de façon inappro-

ever, contain serious misdirections. The jury were clearly invited to consider the evidence of pre-trial silence on the issue of innocence or guilt and as consciousness of guilt. The references to the right to remain silent did not mitigate this misdirection and the re-charge was not substantially different. The Crown has not satisfied its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to show that if a proper direction had been given the verdict would necessarily have been the same.

Per McLachlin J.: Evidence that a co-accused failed to give his version to the authorities should be excluded. The right to silence must mean that a suspect has the right to refuse to talk to the police and not be penalized for it. Further, since the accused has been informed by the police of the right not to speak, his exercise of it cannot logically found an inference as to his credibility when he later testifies. The same considerations govern the contention of the other accused in a joint trial, that he should be allowed to cross-examine on the failure of his co-accused to disclose his version to the police. Since no valid inference can be drawn from exercise of the right to silence, the evidence sought to be adduced should be excluded for lack of relevancy. Because the evidence lacks probative value, it cannot be suggested that its exclusion denies the co-accused the right to full answer and defence. Alternatively, even if slight probative value could be found, the evidence should be excluded on the ground that it has insufficient probative value to overcome the prejudicial effect on the trial process that arises from the danger that the jury will infer not just lack of credibility but guilt. Since the law of evidence precludes the admission of prior consistent statements to bolster the credibility of an accused, admission of evidence of a co-accused's silence leads to a further difficulty. If pre-trial silence can lead to a negative inference as to credibility, the accused is placed in the anomalous situation of being obliged to make a prior consistent statement in order to avoid cross-examination on his silence, but being unable to tender that evidence in support of his own credibility.

priée. L'exposé initial et l'exposé supplémentaire renfermaient toutefois des directives gravement erronées. Le jury a été clairement invité à tenir compte de la preuve du silence gardé avant le procès pour se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de même qu'à le considérer comme l'indice de la conscience de culpabilité. Les mentions du droit de garder le silence n'ont pas atténué le caractère erroné de cette directive et l'exposé supplémentaire n'était pas essentiellement différent. Le ministère public ne s'est pas acquitté de son obligation, aux termes du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, de démontrer que si des directives appropriées avaient été données, le verdict aurait nécessairement été le même.

Le juge McLachlin: La preuve que le coaccusé a omis de donner sa version des faits aux autorités devrait être exclue. Le droit de garder le silence doit signifier qu'un suspect peut refuser de parler aux policiers sans risquer d'être pénalisé pour autant. En outre, l'accusé ayant été informé par les policiers de son droit de garder le silence, l'exercice de ce droit ne saurait logiquement fonder une conclusion concernant la crédibilité de son témoignage ultérieur. Les mêmes remarques valent à l'égard de la prétention du coaccusé, dans un procès conjoint, selon laquelle il devrait être autorisé à contre-interroger son coaccusé concernant son omission de donner sa version des faits à la police. Comme aucune conclusion valable ne peut être tirée de l'exercice du droit de garder le silence, la preuve s'y rapportant devrait être écartée parce qu'elle n'est pas pertinente. Parce que la preuve n'a pas de valeur probante, on ne peut soutenir que son exclusion prive le coaccusé de son droit à une défense pleine et entière. Subsidiairement, même si elle avait une quelconque valeur probante, la preuve devrait être écartée pour le motif que sa valeur probante est insuffisante pour justifier l'effet préjudiciable sur le déroulement du procès qui découle du risque que le jury tire des conclusions en ce qui concerne non seulement la crédibilité, mais également la culpabilité. Puisque le droit de la preuve interdit l'utilisation de déclarations antérieures compatibles aux fins d'appuyer la crédibilité d'un accusé, l'utilisation de la preuve du silence d'un coaccusé soulève une autre difficulté. Si le fait d'avoir gardé le silence avant le procès peut justifier une conclusion défavorable au chapitre de la crédibilité, l'accusé se trouve dans la situation aberrante d'être tenu de faire une déclaration antérieure compatible pour éviter d'être contre-interrogé relativement à son silence, tout en étant empêché de produire cette preuve à l'appui de sa propre crédibilité.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, rev'd on another point, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. v. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537; *R. v. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, aff'd on other grounds, [1993] 4 S.C.R. 573; *R. v. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By McLachlin J.

Referred to: *Bruce v. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Elliot, D. W. "Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused", [1991] *Crim. L. Rev.* 5.
McNicol, Suzanne B. *Law of Privilege*. Sydney: Law Book Co., 1992.
Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93, upholding the appellant's conviction by

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, inf. sur un autre point par [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. c. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537; *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, conf. pour d'autres motifs par [1993] 4 R.C.S. 573; *R. c. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Bruce c. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(6).

Doctrine citée

Elliot, D. W. «Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused», [1991] *Crim. L. Rev.* 5.
McNicol, Suzanne B. *Law of Privilege*. Sydney: Law Book Co., 1992.
Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93, qui a maintenu la déclaration de culpabi-

White J. of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

lité de l'appelant pour meurtre au deuxième degré, prononcée par le juge White. Pourvoi accueilli, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Christopher D. Hicks, for the appellant.

C. Jane Arnup, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the right of one co-accused in a joint trial to introduce evidence of the pre-trial silence of another co-accused and, if such evidence is permitted, the use that may be made of such evidence.

I. Facts

The appellant, Crawford, and his co-accused, Creighton, were charged with second degree murder of Behnke. One night in early November 1988, Crawford and Creighton, who are distant cousins, went out drinking at a Belleville bar where they met and befriended the deceased, who was impaired. The three men left the bar together, all appearing to witnesses to be drunk, and the deceased was robbed and beaten with a 2 x 4 piece of lumber. The autopsy of the victim revealed that the immediate cause of death was a "massive area of bruising" within the victim's brain, consistent with the application of "massive blunt force" to the top of his head, but the pathologist did not rule out interplay between head injuries and serious injuries to other parts of his body. The cause of death thus was stated to be multiple trauma to the head and body.

The Crown's theory was that Crawford and Creighton pretended to befriend the impaired deceased, invited him to a party with the intention of robbing him, and after robbing him, either

Christopher D. Hicks, pour l'appelant.

C. Jane Arnup, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur le droit d'un accusé dans un procès conjoint de soumettre en preuve qu'un coaccusé a gardé le silence avant le procès et, si cet élément de preuve est jugé recevable, sur l'utilisation qui peut en être faite.

I. Les faits

L'appelant Crawford et le coaccusé Creighton ont été inculpés du meurtre au deuxième degré d'un dénommé Behnke. Un soir du début de novembre 1988, Crawford et Creighton, qui sont cousins éloignés, sont allés prendre un verre à un bar de Belleville. Ils y ont rencontré la victime, dont les facultés étaient affaiblies et avec qui ils se sont liés d'amitié. Les trois hommes ont quitté le bar ensemble, apparemment tous en état d'ivresse selon des témoins, puis la victime a été volée et battue à l'aide d'un «deux-par-quatre». Selon l'autopsie, le décès serait directement attribuable aux nombreuses contusions subies au cerveau, ce qui serait compatible avec l'application d'une force brute considérable au sommet du crâne. Le pathologue n'a toutefois pas écarté la possibilité d'une interaction entre les blessures à la tête et les bles-sures graves infligées à d'autres parties du corps. Le décès a donc été attribué à des lésions multiples à la tête et au corps.

Le ministère public prétend que Crawford et Creighton ont feint de se lier d'amitié avec l'homme dont les facultés étaient affaiblies, l'ont invité à une fête dans l'intention de le voler et,

Crawford or Creighton or both beat the deceased viciously with a 2 x 4 causing his death.

4 Crawford made no statement to the police. He testified at trial, 13 months after the murder, that he had never struck the deceased and denied that he had aided or abetted in the assault. Crawford testified that, on leaving the bar with Creighton and the deceased, the deceased had grabbed the waitress's leg and apologized and Creighton had told the waitress that he would "take care of it". On the way to the party, Creighton hit the deceased without warning and the two exchanged about four punches before Crawford could intervene. He tried to grab the deceased but lost his balance and he and the deceased fell to the ground with the deceased on top. They began to scuffle when Creighton hit the deceased on the back with a 2 x 4. Crawford became scared, shoved the deceased off him, and ran away. When Creighton caught up to him, Creighton said "I think I killed him".

5 Creighton's counsel cross-examined Crawford on Crawford's failure to make any statements to the police:

Q. Mr. Crawford, if my memory is correct the incident that brings us here today happened one year and 20 days ago; is that right?

A. I think so, yes. I'm not too sure, I didn't check.

Q. Well, it's the 22nd day of November today, 1989?

A. Yes.

Q. Do you agree with that?

A. Yes.

Q. So this incident happened one year and 20 days ago?

A. Yes.

Q. You have had one year and 20 days to think about what you were going to tell us about this?

après l'avoir dépouillé, Crawford ou Creighton, ou les deux, l'ont crapuleusement battu à l'aide d'un deux-par-quatre, causant ainsi sa mort.

Crawford n'a fait aucune déclaration à la police. Il a cependant témoigné au procès, soit 13 mois après le meurtre, qu'il n'avait jamais frappé la victime et il a nié avoir apporté son aide ou son encouragement dans l'agression. Il a ajouté, dans son témoignage, qu'en quittant le bar en compagnie de Creighton et de la victime, ce dernier avait saisi la jambe de la serveuse puis s'était excusé, et que Creighton avait dit à la serveuse qu'il [TRADUCTION] «s'en occuperait». Tandis qu'ils se rendaient à la fête, Creighton a frappé la victime sans prévenir et les deux hommes ont échangé environ quatre coups avant que Crawford n'ait pu intervenir. Ce dernier a tenté d'empoigner la victime, mais il a perdu l'équilibre et s'est retrouvé au sol, sous la victime. Ils ont commencé à se bagarrer et Creighton a frappé la victime au dos à l'aide d'un deux-par-quatre. Crawford a pris peur, s'est dégagé de sous la victime et s'est sauvé. Creighton l'a rattrapé et lui a dit: [TRADUCTION] «Je crois que je l'ai tué.».

L'avocat de Creighton a contre-interrogé Crawford concernant son omission de faire une déclaration aux policiers:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur Crawford, si mon souvenir est exact, l'incident qui est à l'origine de notre présence aujourd'hui devant la cour s'est produit il y a un an et 20 jours, n'est-ce pas?

R. Je crois que oui. Je ne suis pas certain, je n'ai pas vérifié.

Q. Eh bien, nous sommes aujourd'hui le 22 novembre 1989?

R. Oui.

Q. Vous êtes d'accord?

R. Oui.

Q. L'incident s'est donc produit il y a un an et 20 jours?

R. Oui.

Q. Vous avez eu un an et 20 jours pour penser à ce que vous diriez devant nous à ce sujet?

- A. Just the truth.
 Q. You've had one year and 20 days to think about it.
 A. Just the truth.
 Q. Have you ever told the police anything about it?
 A. No.
 Q. Have you ever told anybody in authority anything about it?
 A. Just my lawyer.
 Q. You have been well represented by counsel?
 A. Yes.
 Q. You were aware through your counsel what all the evidence was in this case?
 A. Well, yes.
- R. Seulement la vérité.
 Q. Vous avez eu un an et 20 jours pour y penser?
 R. Seulement la vérité.
 Q. Avez-vous déjà parlé à la police à ce sujet?
 R. Non.
 Q. En avez-vous déjà parlé à une personne en situation d'autorité?
 R. Seulement à mon avocat.
 Q. Vous avez été bien représenté par un avocat?
 R. Oui.
 Q. Vous avez su, par l'entremise de votre avocat, quelle était la preuve dans cette affaire?
 R. Eh bien, oui.

Creighton did not testify at trial. His version of the events was set out in a videotaped statement to the police on his arrest. Creighton said that he, Crawford, and the victim had left the pub on the way to a party. Crawford and the victim were arguing as they walked. When a fight broke out between Crawford and the deceased, Creighton intervened and tried to break it up. When that failed, since the deceased was on top of Crawford, he hit the deceased across the back about four times with a 2 x 4 piece of lumber (about 3 feet long). Crawford continued to beat the victim with his fists, despite Creighton grabbing Crawford and telling him to stop since the victim was already hurt. Unable to break up the fight, he climbed over a fence and left the scene. At the point that he left, Creighton told the police that the deceased was still alive. Crawford soon came running behind him saying that they had to "get . . . out of here I think I killed him".

Effectively, each accused cast the blame primarily, if not entirely, upon the other, and each relied upon the defence of intoxication as negativating the intent for murder. At trial, Creighton's counsel made much of the fact that Crawford had declined to give a statement to the police on his arrest, contrasting unfavourably with Creighton's full statement to the police at the earliest opportunity. Con-

6

Creighton n'a pas témoigné au procès. Sa version des faits est donnée dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo par la police lors de son arrestation. Selon Creighton, Crawford, la victime et lui ont quitté le pub pour aller à une fête. Pendant qu'ils marchaient, Crawford et la victime se disputaient. Lorsque la bagarre a éclaté entre Crawford et la victime, Creighton est intervenu et a tenté d'y mettre fin. Comme il n'y arrivait pas et que la victime se trouvait au-dessus de Crawford, il a frappé la victime au dos, environ quatre fois, à l'aide d'un deux-par-quatre (d'une longueur approximative de trois pieds). Crawford a continué d'assener des coups de poing à la victime, et ce, même si Creighton l'avait empoigné et lui avait dit d'arrêter puisque la victime était déjà blessée. Incapable de mettre fin à la bagarre, il a sauté une clôture et quitté les lieux. Creighton a dit aux policiers que, au moment où il avait quitté les lieux, la victime était toujours vivante. Peu après, Crawford l'a rejoint en courant et lui a dit: [TRADUCTION] «Il faut partir d'ici, je pense que je l'ai tué».

De fait, chacun des accusés rejette le blâme sur l'autre, sinon entièrement, à tout le moins en substance, et chacun invoque la défense fondée sur l'intoxication afin de repousser l'intention afférente au meurtre. Au procès, l'avocat de Creighton a insisté sur le fait que Crawford avait refusé de faire une déclaration aux policiers au moment de son arrestation, se distinguant ainsi défavorable-

7

versely, Crawford's counsel, when addressing the jury, stated that "an innocent man sitting in Creighton's seat would have gotten into that witness box and sworn that he was not guilty". Crawford's counsel also dealt with Creighton's counsel's cross-examination of Crawford in his closing address to the jury.

8

On November 28, 1989, the appellant and co-accused were both convicted of second degree murder by White J. of the Ontario Supreme Court sitting with a jury. They appealed their convictions to the Ontario Court of Appeal. Crawford claimed that:

- (1) the trial judge erred in allowing counsel for the co-accused to cross-examine him on his failure to give a statement to the police, thus infringing his right to remain silent; and
- (2) the trial judge had erred in not instructing the jury to disregard that cross-examination on his pre-trial silence.

On April 6, 1993, the Court of Appeal dismissed the appeals: (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93. Weiler J.A. dissented, holding that the trial judge erred in instructing the jury as to the use that it could make of the evidence that Crawford had not given a statement to police, in light of his constitutionally guaranteed right to remain silent, and would have allowed the appeal and ordered a new trial.

9

Crawford appealed as of right to this Court on whether the trial judge erred in instructing the jury as to the use of the evidence that Crawford had not given a statement to the police. Leave to appeal was granted on whether the Court of Appeal erred in holding that Crawford's rights were not infringed either by:

ment de Creighton qui avait fait une déclaration complète à la police à la première occasion. Pour sa part, l'avocat de Crawford a dit au jury qu'[TRA-DUCTION] «un homme innocent se trouvant dans la situation de Creighton serait venu témoigner et aurait juré qu'il n'était pas coupable». Dans son exposé final au jury, l'avocat de Crawford a également fait mention du contre-interrogatoire de son client par l'avocat de Creighton.

Le 28 novembre 1989, l'appelant et le coaccusé ont tous deux été reconnus coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue d'un procès devant le juge White de la Cour suprême de l'Ontario et un jury. Ils en ont appelé de leurs déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Crawford a invoqué ce qui suit:

- (1) le juge du procès a commis une erreur en permettant à l'avocat du coaccusé de le contre-interroger relativement à son omission de faire une déclaration à la police, violant ainsi son droit de garder le silence;
- (2) le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury la directive de ne pas tenir compte du contre-interrogatoire portant sur cette omission.

Le 6 avril 1993, la Cour d'appel a rejeté les appels: (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93. Le juge Weiler, dissidente, a pour sa part conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury concernant l'utilisation qui pouvait être faite de la preuve que Crawford n'avait pas fait de déclaration à la police, compte tenu de son droit constitutionnel de garder le silence, qu'elle aurait accueilli l'appel et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Crawford se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury concernant l'utilisation de la preuve que Crawford n'avait pas fait de déclaration à la police. Une autorisation de pourvoir a été accordée relativement à la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les droits de Crawford n'avaient pas été violés:

- (1) the cross-examination of Crawford by Creighton's counsel on his failure to give a statement to the police before trial; or
- (2) the failure of the trial judge to instruct the jury to disregard this cross-examination.

Creighton has not appealed.

II. Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

III. Judgments Below

A. Charge to the Jury

In his charge to the jury, the trial judge reminded the jury of the cross-examination of Crawford by Creighton's counsel:

So his [Crawford's] basic defence is that he left before — that while blows were struck by Creighton he had no foreknowledge of that, he did not make any plan with Creighton to assault or rob Mr. Behnke, his presence in that yard was entirely innocent, he was going to a party, suggested by Creighton. And his explanation of why he fled the scene, I've already indicated to you what that was, but his explanation as to why he didn't go to the police and give them what he knew about this, and this was brought out when Mr. Kemp [counsel for Creighton] was cross-examining him. [Emphasis added.]

The trial judge's charge on the circumstantial evidence against Crawford included reference to his failure to give an explanation to the police:

Does the circumstantial evidence against Crawford, together with the admissions he made in his evidence, satisfy you beyond a reasonable doubt that he was an accomplice of Creighton in a joint enterprise to rob Behnke? Consider all the circumstances.

- (1) soit par le contre-interrogatoire de l'appelant par l'avocat de Creighton concernant son omission de faire une déclaration à la police avant le procès,
- (2) soit par l'omission du juge du procès de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire.

Creighton n'a pas interjeté appel.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

III. Les juridictions inférieures

A. L'exposé au jury

Dans son exposé au jury, le juge du procès a rappelé la teneur du contre-interrogatoire de Crawford par l'avocat de Creighton:

[TRADUCTION] Son principal moyen de défense [celui de Crawford] est qu'il a quitté avant — que même si des coups ont été assenés par Creighton, il ne le savait pas à l'avance, qu'il n'a pas convenu avec Creighton d'agresser ou de voler M. Behnke, que sa présence dans la cour était dénuée de toute intention malveillante, qu'il se rendait à une fête à la suggestion de Creighton. Et son explication du fait qu'il a quitté les lieux, je vous ai déjà dit ce qu'il en était, mais son explication quant à savoir pourquoi il ne s'est pas rendu au poste de police pour dire ce qu'il savait de l'affaire, et cela est ressorti lors de son contre-interrogatoire par M^e Kemp [l'avocat de Creighton]. [Je souligne.]

L'exposé du juge du procès au sujet de la preuve circonstancielle incriminant Crawford faisait mention de l'omission de ce dernier de fournir une explication à la police:

[TRADUCTION] La preuve circonstancielle contre Crawford, de même que les aveux contenus dans son témoignage, vous convainquent-ils hors de tout doute raisonnable qu'il a été le complice de Creighton dans un projet commun de voler Behnke? Tenez compte de toutes les circonstances.

The chief circumstance might be the blood on his pants and the blood on his jacket; his admission that he was in a fight, and that was to Miss Delorme; his flight from the scene; his failure to come forward if he is innocent; his hiding his pants, and he admitted that, in the garbage. [Emphasis added.]

The trial judge's charge to the jury on the use they could make of Crawford's silence upon arrest was as follows:

But Mr. Kemp, as you remember, started this cross-examination:

"Today is the 22nd of November. This incident took place one year and 20 days ago. You have had a year and 20 days to think about it. Did you ever tell the police about it?"

"No."

And, of course, the first time Crawford gave his version of what happened that night was in the witness box as far as the public notice is concerned.

And, yes, there is a Charter of Rights and, yes, you have the right to remain silent. Those are all constitution rights. But also it's an axiom of reasonable conduct that if you're entirely innocent of something serious that you witnessed you are not afraid to talk about it. Charter or no Charter, that's just a simple common sense proposition, and that was the point that Mr. Kemp made in his cross-examination.

Certainly you don't have to make a statement to the police but, on the other hand, you can take into account that if the story — Mr. Crawford's evidence is a version of the facts that is reasonable, you can certainly accept his evidence, but you have a right to ask yourself, if I am to believe this evidence, why has Mr. Crawford waited until now to tell anybody about it, anybody in authority? And, while you certainly respect his Charter rights to remain silent, as jurors of fact you are entitled to take into account that fact, that he didn't tell anybody until this trial.

When Crawford's counsel objected to this charge, in his re-charge to the jury, the trial judge re-instructed the jury as follows (in part):

And, of course, I told you time and time again, in a criminal case there is no obligation upon the accused to make any explanation at any time, there is never an obligation to make an explanation. The onus is on the

Les principaux éléments circonstanciels pourraient être le sang sur son pantalon et son blouson, l'aveu qu'il avait pris part à une bagarre, qu'il a fait à M^e Delorme, sa fuite des lieux, son omission de déclarer l'incident s'il est innocent, le fait qu'il a, de son propre aveu, dissimulé son pantalon dans les ordures. [Je souligne.]

Voici l'exposé du juge du procès au jury, au sujet de l'utilisation possible du fait que Crawford a gardé le silence lors de son arrestation:

[TRADUCTION] Mais M^e Kemp, vous vous en souviendrez, a commencé son contre-interrogatoire ainsi:

«Nous sommes aujourd'hui le 22 novembre. L'incident s'est produit il y a un an et 20 jours. Vous avez eu un an et 20 jours pour y penser. En avez-vous déjà parlé à la police?

«Non.»

Et, bien entendu, la première fois que Crawford a donné sa version des faits survenus cette nuit-là, du moins en public, c'est à la barre des témoins.

Bien sûr, il existe une Charte des droits et, bien sûr, le droit de garder le silence y est prévu. Ces droits sont garantis par la Constitution. Or, il est raisonnable de s'attendre d'une personne qui n'a rien à se reprocher en ce qui concerne un acte grave dont elle a été témoin qu'elle ne craigne pas d'en parler, Charte ou pas, c'est seulement une question de bon sens. Voilà ce que M^e Kemp a fait valoir dans son contre-interrogatoire.

Évidemment, nul n'a l'obligation de faire une déclaration à la police, mais, par contre, vous pouvez considérer que si la version des faits — le témoignage de M. Crawford — est raisonnable, il vous est sans aucun doute loisible d'accepter son témoignage, mais vous pouvez également vous demander, en supposant que vous ajoutiez foi à ce témoignage, pourquoi M. Crawford a attendu jusqu'à ce jour pour en parler à qui-conque, notamment à une personne en situation d'autorité? Et, bien que vous respectiez son droit constitutionnel de garder le silence, en tant que juges des faits, vous pouvez tenir compte de ce fait, savoir qu'il s'est tu jusqu'au procès.

L'avocat de Crawford s'étant opposé à cet exposé, des directives supplémentaires ont été données au jury, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Et, naturellement, je vous l'ai dit maintes fois, dans une affaire criminelle, l'accusé n'est pas tenu de fournir des explications à quelque moment que ce soit; il n'a jamais l'obligation de le faire. C'est au

Crown to prove beyond a reasonable doubt the ingredients of the offence, the mental state and the fact. However, that is what I meant in discussing the statement of Creighton on that subject.

When I commented upon the testimony of Crawford I indicated, as by referring to Mr. Kemp's cross-examination of him, that this trial was the first occasion on which Crawford gave his side of what had happened, and I may have mentioned that it is a proposition of common sense to the effect that if he is innocent, why hasn't he said anything about it up until now.

It would be wrong for you to infer that at any time there was any obligation whatsoever on Mr. Crawford to tell the police or anybody else what had happened. Insofar as you may have construed my remarks as indicating that he had an obligation, please disregard those remarks. There is no obligation on any person accused of a crime to make any statement. That is enshrined in the Charter. So bear that in mind, that he was within his rights not to have made any statement, and he was within his rights to remain silent until the trial to give his explanation.

Now, you should not, therefore, draw any adverse inference from Crawford's failure to have given a statement to the police or to have given his evidence hitherto. He had a perfect right to remain silent.

Notwithstanding that right to remain silent, it is not unreasonable for you, as jurors of fact in analyzing the credibility of Crawford, to put to yourself the question such as would be reasonable, and the question might very well be, If Crawford expects me, a juror, to believe that he left after there were a certain number of blows, in which he was unaware that any severe damage had been done to the deceased, and if a short while later, on the street, the other person told him words to the effect he had — I forget what the words were but, according to Crawford he told — Creighton told him that he had killed a man, or words to that effect, I say it is a proposition of sense, and that in that situation one does — one can expect a person whose conduct — a person who is innocent to act in accordance with the way an innocent person would act. You're the jurors and I'll leave that to you.

ministère public qu'il appartient de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments de l'infraction, soit l'élément moral et les faits. C'est d'ailleurs ce que je voulais dire quand j'ai parlé de la déclaration de Creighton à ce sujet.

Lorsque j'ai fait des observations concernant le témoignage de Crawford, j'ai indiqué, en renvoyant au contre-interrogatoire de ce dernier par M^e Kemp, que Crawford avait donné sa version des faits pour la première fois au procès, et j'ai mentionné que le bon sens commandait que l'on se demande, pourquoi il a gardé le silence jusqu'à ce jour, s'il était innocent.

Vous auriez tort de conclure que M. Crawford avait, à quelque moment, l'obligation de dire à la police ou à quiconque ce qui s'était passé. Si vous avez interprété mes remarques en ce sens, veuillez ne pas tenir compte de ces remarques. Aucune obligation n'est faite à la personne accusée d'un crime de faire une déclaration. Il s'agit d'un droit reconnu par la Charte. N'oubliez pas qu'il avait le droit de ne pas faire de déclaration et qu'il avait le droit de garder le silence jusqu'au procès, et d'y fournir ses explications.

Dès lors, vous ne devez par conséquent pas tirer de conclusion défavorable du fait que Crawford a omis de faire une déclaration à la police ou de donner sa version des faits avant ce jour. Il avait parfaitement le droit de garder le silence.

Malgré le droit de garder le silence, il n'est pas déraisonnable que, en tant que juges des faits appelés à vous prononcer sur la crédibilité du témoignage de Crawford, vous vous posiez une question tout à fait légitime, et cette question pourrait fort bien être la suivante: si Crawford s'attend à ce que, en tant que juré, je croie qu'il a quitté les lieux après qu'un certain nombre de coups eurent été donnés, sans savoir que des blessures graves avaient été infligées à la victime et si l'autre personne lui a dit peu après dans la rue — je ne me souviens plus des mots exacts, mais selon Crawford il a dit — Creighton lui a dit qu'il avait tué un homme, ou quelque chose d'équivalent, je dis qu'il relève du simple bon sens, en pareille situation, de s'attendre à ce qu'une personne dont la conduite — une personne innocente, agisse comme le ferait tout innocent. Vous êtes les jurés, et je laisse cela à votre jugement.

Majority

¹² After reviewing the cross-examination of Crawford by Creighton's counsel and the jury charge, Finlayson J.A. (Tarnopolsky J.A. concurring) noted that there was not much difference between what the trial judge said in his initial charge to the jury and what he said in his re-charge. Nonetheless, there was nothing substantially wrong with what the trial judge said in either of his instructions (at p. 137):

What has happened in this case resulted from the inevitable tension between the constitutionally protected rights of two accused who adopted antagonistic defences. There is clearly a conflict between the constitutionally protected right of Crawford to remain silent and the constitutionally protected right of Creighton to full answer and defence. Both protections are contained in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter"). In addition . . . s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, prohibits Crown counsel and the trial judge from commenting on the failure of an accused to testify. It does not so limit counsel for a co-accused.

Where an attack on a co-accused is relevant to his defence, an accused cannot be limited. The remedy is to ask for a trial severance. If it can be shown that the prejudicial effect is great then the trial judge has discretion to sever the trial of the two accused. In this case, there was no request for severance. Furthermore, severance likely would not have been granted merely because of cut-throat defences, since the public has an interest in bringing criminals to justice and severance might have resulted in two unwarranted acquittals.

¹³ Finlayson J.A. then considered the principles relating to the right to remain silent, and restrictions on counsel in commenting on the failure of a co-accused to testify. Neither the Crown nor the trial judge may comment on an accused's exercise of his right to remain silent, a principle codified in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985,

Le jugement majoritaire

Après avoir examiné la transcription du contre-interrogatoire de Crawford par l'avocat de Creighton ainsi que l'exposé au jury, le juge Finlayson (avec l'appui du juge Tarnopolsky) a constaté qu'il n'y a pas une grande différence entre ce que le juge du procès a dit dans son exposé initial au jury et ce qu'il a dit dans son exposé supplémentaire. Néanmoins, il n'a relevé rien de substantiellement erroné dans ce qu'a dit le juge du procès dans l'un ou l'autre de ses exposés (à la p. 137):

[TRADUCTION] Dans cette affaire, le litige résulte de l'affrontement inévitable entre les droits constitutionnels de deux accusés qui invoquent des moyens de défense diamétralement opposés. Il y a de toute évidence conflit entre le droit constitutionnel de Crawford de garder le silence et le droit de Creighton à une défense pleine et entière, également garanti par la Constitution. Les deux mesures de protection sont prévues à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «Charte»). En outre, [...] le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, interdit au substitut du procureur général et au juge du procès de faire des commentaires sur l'omission de l'accusé de témoigner. La disposition ne s'applique cependant pas à l'avocat d'un coaccusé.

Aucune limitation ne s'applique à l'accusé lorsqu'une attaque contre un coaccusé est pertinente aux fins de sa propre défense. Le redressement consiste à demander la tenue de procès distincts. Si l'existence d'un préjudice important peut être établie, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de deux procès distincts. Or, en l'espèce, aucune demande n'a été faite en ce sens. En outre, une telle demande n'aurait vraisemblablement pas été accueillie simplement en raison de défenses traîtres, puisque le public a un intérêt à ce que les criminels soient traduits en justice, et que des procès distincts auraient pu entraîner deux acquittements injustifiés.

Le juge Finlayson s'est ensuite penché sur les principes relatifs au droit de garder le silence et sur les restrictions imposées aux avocats quant aux commentaires sur l'omission d'un coaccusé de témoigner. Ni le ministère public ni le juge du procès ne peuvent formuler d'observations sur le fait qu'un accusé a exercé son droit de garder le

c. C-5. The situation is different, however, when there are two or more accused, and one sets up, as part of his attack on the credibility of his co-accused, the failure of his co-accused to testify or to give a statement to the police at the earliest opportunity. In *R. v. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, the Ontario Court of Appeal held that neither s. 11(c) of the *Charter* nor s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* prevented co-accused counsel from commenting on an accused's failure to testify. In that case, Morden A.C.J.O. noted that, unlike the bulk of American case law, in Canada, it is open to a jury to draw an adverse inference from the failure of an accused to testify. Thus (Finlayson J.A., at p. 139):

In exercising his constitutional right to full answer and defence, he is entitled to put his best foot forward, and the court is not entitled to inhibit that defence simply because it involves a tactic prohibited to the Crown.

After a review of English and American case law, Finlayson J.A. then concluded (at pp. 143-44) that:

In my opinion, then, it was open to counsel for Crawford to comment upon the failure of Creighton to testify on his own behalf . . .

The case under appeal is probably the classic confrontation between the conflicting rights of accused persons to a fair trial. The fact of the conflict causes me no unease, and I am not persuaded that either appellant received anything other than a fair trial or that the result of the trial was unsatisfactory.

Dissent

Weiler J.A. agreed that Creighton's counsel was entitled to comment on the fact that Crawford did not make any response to the charges against him until trial. This is part of the co-accused's right to make full answer and defence.

Nonetheless, when the trial judge's charge to the jury concerning Crawford is considered as a

silence, ce principe étant codifié au par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. La situation est toutefois différente lorsqu'il y a deux accusés ou plus et que l'un deux, pour miner la crédibilité d'un autre, invoque l'omission de ce dernier de témoigner ou de faire une déclaration à la police à la première occasion. Dans l'arrêt *R. c. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que ni l'al. 11c) de la *Charte* ni le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'empêchent l'avocat d'un coaccusé de faire des commentaires sur l'omission d'un accusé de témoigner. Dans cet arrêt, le juge en chef adjoint Morden signale que, contrairement à ce qui ressort de l'ensemble de la jurisprudence américaine, un jury peut, au Canada, tirer une conclusion défavorable du fait qu'un accusé a omis de témoigner. Le juge Finlayson ajoute (à la p. 139):

[TRADUCTION] Dans l'exercice de son droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, il peut jouer toutes ses cartes, et le tribunal ne peut faire obstacle à ce moyen de défense simplement parce qu'il comporte une tactique interdite au ministère public.

Après l'analyse de la jurisprudence britannique et américaine, il conclut ce qui suit (aux pp. 143 et 144):

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis qu'il était loisible à l'avocat de Crawford de faire des commentaires sur l'omission de Creighton de témoigner pour son propre compte . . .

Il s'agit probablement en l'espèce de l'affrontement classique des droits respectifs de chacun des accusés à un procès équitable. L'existence d'un conflit ne me gêne nullement, et je ne suis pas convaincu que l'un ou l'autre des appellants n'a pas eu un procès équitable ou que l'issue du procès était insatisfaisante.

La dissidence

Le juge Weiler a reconnu à l'avocat que Creighton avait, dans le cadre du droit du coaccusé à une défense pleine et entière, le droit de faire des commentaires sur le fait que Crawford a attendu le procès pour fournir des explications en réponse aux accusations qui pesaient contre lui.

Néanmoins, si on le considère globalement, l'exposé au jury concernant Crawford viole le droit

whole, it infringes his right to remain silent up until trial. In the charge to the jury, the trial judge should have balanced:

- (a) the co-accused's right to make full answer and defence, in attacking the credibility of Crawford's evidence, with
- (b) instructions as to Crawford's right to remain silent.

A balanced charge would have been as follows (at p. 145):

- (a) Crawford had a constitutionally guaranteed right to remain silent and had an absolute right to exercise that right.
- (b) The jury could not draw an inference of consciousness of guilt as a result of Crawford's choice to exercise that right.
- (c) Creighton had the right to make full answer and defence and was entitled to attack the credibility of Crawford's evidence.
- (d) When assessing the *credibility* of Crawford's evidence the jury could consider, as one factor, that Crawford did not make a statement prior to trial, but they could not consider the exercise of his right to remain silent for any other purpose. Specifically, they could not use the fact that Crawford exercised his right to remain silent as positive evidence of his guilt. [Emphasis in original.]

Instead, the trial judge clearly gave instruction on (a), gave contradictory and confusing instructions on (b), and gave no instructions on (c) and (d). One excerpt of the charge implicitly refers to Crawford's exercise of his right to remain silent as one of the circumstances from which the jury could infer guilt combined with other circumstantial evidence.

16 While in his re-charge, the trial judge attempted to correct the impression that Crawford had an obligation to make a statement, the trial judge nevertheless again referred to it as a failure on Crawford's part. This instruction was confusing

de ce dernier de garder le silence jusqu'au procès. Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait dû établir un équilibre entre les éléments suivants:

- a) le droit du coaccusé de présenter une défense pleine et entière et d'attaquer la crédibilité du témoignage de Crawford;
- b) les directives concernant le droit de Crawford de garder le silence.

Voici quel aurait dû être l'exposé (à la p. 145):

[TRADUCTION]

- a) Crawford avait le droit constitutionnel de garder le silence et le droit absolu de s'en prévaloir.
- b) Le jury ne pouvait conclure à l'existence de la conscience de culpabilité parce que Crawford avait choisi d'exercer ce droit.
- c) Creighton avait droit à une défense pleine et entière et il pouvait attaquer la crédibilité du témoignage de Crawford.
- d) Pour évaluer la *crédibilité* du témoignage de Crawford, le jury pouvait prendre en considération, comme facteur, le fait que Crawford n'avait fait aucune déclaration avant le procès, mais il ne pouvait tenir compte pour aucune autre fin de l'exercice de son droit de garder le silence. Plus précisément, il ne pouvait utiliser l'exercice de ce droit par Crawford comme une preuve positive de sa culpabilité. [En italique dans l'original.]

Au lieu de cela, le juge du procès a clairement donné des directives sur le point a), il a donné des directives qui étaient contradictoires et créaient de la confusion sur le point b) et il n'a donné aucune directive sur les points c) et d). Un passage de l'exposé renvoie implicitement à l'exercice, par Crawford, de son droit de garder le silence comme s'agissant de l'une des circonstances à partir desquelles le jury pouvait conclure à la culpabilité, de pair avec d'autres éléments de preuve circonstancielle.

Même si, dans son exposé supplémentaire, il a tenté de remédier au fait que ses propos avaient donné l'impression que Crawford était obligé de faire une déclaration, le juge du procès a de nouveau mentionné qu'il s'agissait d'une omission de

and contradictory, but left the clear implication that an innocent person would come forward quickly and proclaim his innocence (at p. 148):

At no time did the trial judge correct his earlier instructions and tell the jury that they were not entitled to consider the fact that the accused had exercised his constitutional right to remain silent as a positive piece of circumstantial evidence in deciding whether the Crown had proven Crawford's guilt beyond a reasonable doubt, nor did he tell them of the limited use to which this evidence could be put, that is, only as a factor in assessing Crawford's credibility . . .

It is trite law that the failure of counsel to object to the recharge, while a factor to consider, does not, alone, excuse error in law on the part of the trial judge. The charge, when read as a whole, was so imbalanced that I am unable to conclude with a reasonable degree of certainty that the jury's verdict would necessarily have been the same in relation to Crawford, and therefore that there has been no substantial wrong or miscarriage of justice.

Weiler J.A. refused to apply the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

IV. Issues

1. Cross-Examination by Co-Accused: Did the Ontario Court of Appeal err in holding that cross-examination of the appellant Crawford on his failure to give a statement to the police by counsel for the co-accused Creighton and the failure of the trial judge to instruct the jury to disregard that cross-examination on the appellant's pre-trial silence did not violate his pre-trial right to silence protected by s. 7 of the *Charter*?
2. Adequacy of Jury Charge: Did the trial judge err in instructing the jury as to the use it could make of the evidence that the appellant Crawford had not given a statement to the police, in

la part de Crawford. Cette directive créait de la confusion et était contradictoire, mais elle donnait clairement à entendre qu'une personne innocente se serait présentée sans tarder et aurait proclamé son innocence (à la p. 148):

[TRADUCTION] À aucun moment le juge du procès n'a corrigé ses directives initiales et dit au jury qu'il n'avait pas le droit de considérer le fait que l'accusé s'était prévalu de son droit constitutionnel de garder le silence comme un élément positif de preuve circonstancielle aux fins de déterminer si le ministère public avait établi la culpabilité de Crawford hors de tout doute raisonnable. Il ne lui a pas parlé non plus de l'usage limité qui pouvait être fait de cette preuve, c'est-à-dire seulement comme un facteur dans l'appréciation de la crédibilité de Crawford . . .

Il est bien établi en droit que l'omission d'un avocat de s'opposer à l'exposé supplémentaire n'excuse pas à elle seule une erreur de droit commise par le juge du procès, bien qu'il s'agisse d'un facteur à prendre en considération. Vu dans son ensemble, l'exposé comporte tellement de faiblesses que je ne saurais conclure avec une certitude raisonnable que le verdict du jury aurait nécessairement été le même relativement à Crawford et, par conséquent, qu'il n'y a pas eu de tort important ni d'erreur judiciaire grave.

Le juge Weiler a refusé d'appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

IV. Les questions en litige

1. Contre-interrogatoire par le coaccusé: La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le contre-interrogatoire, par l'avocat du coaccusé Creighton, de l'appellant Crawford relativement à son omission de faire une déclaration à la police et l'omission du juge du procès de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire ne violaient pas le droit de l'appellant de garder le silence avant le procès, garanti à l'art. 7 de la *Charte*?
2. Justesse de l'exposé au jury: Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant au jury des directives quant à l'usage que celui-ci pouvait faire de la preuve que l'appellant Crawford

light of his constitutionally guaranteed right to remain silent?

V. Analysis

17

As the appellant points out, no Canadian court or court in a common law jurisdiction has addressed squarely the issue of the right of one co-accused to comment on or cross-examine another accused on the latter's pre-trial silence. The analysis must therefore proceed on the basis of principle and policy. Involved are the competing assertions of two accused that their respective rights, both of which are protected under s. 7 of the *Charter*, be respected. One accused asserts his right to silence and that its exercise not be used against him to his prejudice, while the other contends that he has the right to make full use of the pre-trial silence of his co-accused in order to make full answer and defence. As well, the prosecution asserts that it is in the interest of effective law enforcement to have a joint trial in respect of charges arising out of a common enterprise and, in particular, in circumstances in which the co-accused are engaging in mutual recriminations.

18

Three plausible solutions for resolution of the competing interests have been put forward in this case:

1. The accused's pre-trial silence trumps the co-accused's right to make use of it in furtherance of his defence. This is the appellant's position.

2. The co-accused's right to make full answer and defence trumps the accused's right to pre-trial silence. This is essentially the approach of the majority of the Court of Appeal.

3. A balance between the rights of the two co-accused must be struck taking into account the interest of the state in joint trials. This is the position of the Crown and of Weiler J.A. in dissent in the Court of Appeal.

n'avait pas fait de déclaration à la police, vu le droit constitutionnel qu'avait ce dernier de garder le silence?

V. Analyse

Comme le fait remarquer l'appelant, aucun tribunal canadien ni aucune juridiction de common law étrangère n'a tranché expressément la question du droit d'un accusé de faire des observations sur le silence observé par un coaccusé avant le procès ou de le contre-interroger à ce sujet. L'analyse doit donc se fonder sur des principes. Deux accusés font valoir que les droits respectifs, opposés en l'occurrence, que leur confère l'art. 7 de la *Charte*, doivent être respectés. L'un d'eux invoque son droit de garder le silence et soutient que l'exercice de ce droit ne saurait être utilisé contre lui à son désavantage, tandis que l'autre prétend avoir le droit, aux fins de présenter une défense pleine et entière, d'invoquer sans restriction le fait que son coaccusé a gardé le silence avant le procès. De plus, la poursuite soutient qu'il est dans l'intérêt de l'application efficace de la loi qu'il y ait un procès conjoint sur des accusations qui découlent d'une entreprise commune et, en particulier, lorsque les coaccusés rejettent le blâme l'un sur l'autre.

Trois solutions possibles sont avancées pour régler ces intérêts opposés:

1. Le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès l'emporte sur le droit du coaccusé d'en invoquer l'exercice aux fins de sa défense. Telle est la position de l'appelant.

2. Le droit du coaccusé à une défense pleine et entière l'emporte sur le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès. Tel est, pour l'essentiel, le point de vue exprimé par la Cour d'appel à la majorité.

3. Il convient d'établir entre les droits respectifs des deux coaccusés un équilibre qui tienne compte de l'intérêt de l'État dans la tenue de procès conjoints. Telle est la position du ministère public et du juge Weiler, dissidente en Cour d'appel.

A fourth solution would be to sever the trial whenever the conflict occurs, but no one in this appeal advocates such a solution and it would run counter to a uniform stream of authority in this country in favour of joint trials. No application for severance was made at trial and the issue was not raised or commented on in the Court of Appeal.

I turn to consider each of the competing rights and interests in order to determine which of the solutions is appropriate. I conclude that the third option is the solution that best accords with the interests involved and respects the principles of fundamental justice as well as society's interest in effective law enforcement.

The Right to Pre-trial Silence

The right to silence embraces a number of distinct rights which are included in s. 7 of the *Charter* as principles of fundamental justice. Two aspects of the right to silence are pertinent to the discussion of the issues in this appeal, that is, the right to pre-trial silence and silence at trial. The latter is specifically protected in s. 11(c) of the *Charter*. See *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; and others.

It is a corollary of the right to choose to remain silent during the pre-trial investigation that, if exercised, this fact is not to be used against the accused at a subsequent trial on a charge arising out of the investigation and no inference is to be drawn against an accused because he or she exercised the right. See *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293. The same general rationale would apply to trial silence but the matter has been complicated by the specific statutory provision in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* which forbids the trial judge and Crown counsel from commenting

19

Une quatrième voie consisterait à tenir des procès distincts chaque fois qu'un conflit survient. Or, aucune des parties au présent pourvoi ne défend une telle solution, laquelle irait à l'encontre d'un fort courant jurisprudentiel au pays, qui favorise la tenue de procès conjoints. Aucune demande de procès distincts n'a été faite au procès, et la question n'a pas été soulevée ni n'a fait l'objet de remarques devant la Cour d'appel.

20

Après avoir examiné chacun des droits et des intérêts opposés afin de déterminer laquelle des solutions est appropriée en l'espèce, j'arrive à la conclusion que la troisième est la plus compatible avec les intérêts en cause et qu'elle respecte les principes de justice fondamentale et l'intérêt de la société en ce qui concerne l'application efficace de la loi.

Le droit de garder le silence avant le procès

21

Le droit de garder le silence englobe un certain nombre de droits distincts qui sont garantis à l'art. 7 de la *Charte* à titre de principes de justice fondamentale. Deux aspects de ce droit sont pertinents aux fins de l'analyse des questions que soulève le présent pourvoi, soit, le droit de garder le silence avant le procès et le droit de garder le silence au procès. Ce dernier est expressément garanti à l'al. 11c) de la *Charte*. Voir, entre autres, *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451.

22

Le droit de garder le silence pendant l'enquête antérieure au procès a comme corollaire que son exercice ne peut être reproché à l'accusé au procès lorsqu'une accusation est portée à l'issue de l'enquête et qu'il ne faut en tirer aucune conclusion défavorable à l'égard de l'accusé. Voir *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. Le même principe général s'applique au droit de garder le silence au procès, si ce n'est que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* complique les choses en interdisant expressément au juge du procès et au substitut du procureur général de faire des observations con-

on the failure of the accused to testify. This encompasses both comment prejudicial to the accused, as well as a direction that the jury must not draw an unfavourable conclusion from the accused's failure to testify. As a result, as a practical matter in a jury trial, as Martland J. writing for the majority in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 288, stated, "it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify, and, particularly, in a case in which it is sought to establish an alibi".

23

The above principles were developed in relation to the use that may be made of the accused's silence by the Crown and comment on such silence by the trial judge, and not its use by a co-accused. The main issue in this appeal is whether these principles must be applied in their full vigour when it is a co-accused who seeks to make use of the silence of his co-accused.

24

With respect to silence at trial it has been held by several Courts of Appeal in Canada that a co-accused can comment on the failure of his co-accused to testify. See *R. v. Naglik, supra*, reversed on another point, [1993] 3 S.C.R. 122, and *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65 (Nfld. C.A.). See also *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.). In *Naglik*, this Court found it unnecessary to deal with the point as a new trial was directed and, in the circumstances, the issue would not arise at the new trial. As pointed out by the Chief Justice, in order to decide the point it may be necessary to consider whether the right to comment and the restriction imposed by s. 4(6) can stand together in so far as the subsection precludes a limiting instruction. L'Heureux-Dubé J., dissenting on other grounds, opined that such a comment is permitted.

25

It has been submitted that to the extent that the above line of authority establishes that the right to silence at trial must give way to the rights of a co-accused and therefore it is not an absolute right, a

cernant l'omission de l'accusé de témoigner. L'interdiction vise aussi bien une observation préjudiciable à l'accusé qu'une directive selon laquelle le jury ne doit pas tirer une conclusion défavorable du fait que l'accusé n'a pas témoigné. Il s'ensuit, en pratique, dans un procès devant jury, comme le juge Martland l'a dit au nom de la majorité dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 288, qu'«il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner, notamment dans un cas où l'on cherche à établir un alibi».

Ces principes ont été établis à l'égard de l'utilisation que pouvait faire le ministère public de la preuve du silence observé par l'accusé et des observations du juge du procès sur le silence, et non de son utilisation par un coaccusé. La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si ces principes s'appliquent intégralement dans le cas d'un accusé qui souhaite invoquer le silence d'un coaccusé.

Pour ce qui concerne le droit de garder le silence pendant le procès, plusieurs cours d'appel au Canada ont statué qu'un accusé pouvait faire des observations au sujet de l'omission d'un coaccusé de témoigner. Voir *R. c. Naglik*, précité, infirmé sur une autre question par [1993] 3 R.C.S. 122, et *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65 (C.A.T.-N.). Voir également *R. c. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.). Dans l'arrêt *Naglik*, notre Cour a jugé inutile de se pencher sur la question étant donné que la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée et que, par conséquent, la question ne serait pas soulevée à ce nouveau procès. Comme le signale le Juge en chef, il peut être nécessaire de se demander, pour trancher la question, si le droit de faire des observations et l'interdiction prévue au par. 4(6) peuvent coexister dans la mesure où la disposition empêche toute directive restrictive. Selon le juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur d'autres points, de telles observations sont permises.

Comme la jurisprudence susmentionnée reconnaît que le droit de garder le silence au procès doit céder le pas aux droits d'un coaccusé et qu'il ne s'agit donc pas d'un droit absolu, on fait valoir

clear distinction exists between the right of silence at trial and pre-trial silence. Prior to or on arrest, the accused is in a much more vulnerable position against the coercive power of the state. The environment in the police station is different from that of the courtroom where procedural rules protect the accused. In the police station, the accused may not be represented and he may be overwhelmed by the whole experience. The police possess considerably greater power than the accused and there are no disclosure obligations. The police can disclose some or misleading information or no information at all. Evidential use of silence forces the suspect to cooperate with his interrogators without a reciprocal exchange of information and without placing proper limits on the power of the police to demand cooperation. In contrast, in the courtroom, the accused is represented, he knows the case that he has to meet (due to disclosure) and there are rules regarding admissibility of evidence. See McNicol in *Law of Privilege* (1992), at p. 286.

I accept that the distinctions referred to are apt, but nonetheless I am not prepared to accept that, therefore, the right to pre-trial silence is absolute. In *Hebert, supra*, at p. 179, McLachlin J. stated:

[Section 7] guarantees the individual's life, liberty and security of person. But it recognizes that these rights are not absolute. In certain circumstances, the state may properly deprive a person of these interests. But it must do so in conformity with the principles of fundamental justice.

This principle applies, *a fortiori*, when there is a conflict between two rights, both protected by the Charter. In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877, the Chief Justice in his majority reasons pointed out that "[a] hierachial approach to rights, which places some over others, must be avoided". In this regard it is significant that, even in the absence of a compet-

qu'il existe une nette distinction entre le droit de garder le silence au procès et le droit de garder le silence avant le procès. Lors de l'arrestation, ou avant celle-ci, l'accusé est beaucoup plus vulnérable face au pouvoir de contrainte de l'État. L'ambiance d'un poste de police diffère de celle d'une salle d'audience où des règles de procédure protègent l'accusé. Au poste de police, l'accusé peut ne pas être représenté et peut se sentir dépassé par les événements. Les pouvoirs de la police excèdent de beaucoup ceux de l'accusé et les policiers n'ont aucune obligation de communiquer les éléments de preuve dont ils disposent. La police peut dévoiler certains renseignements, des renseignements trompeurs, ou n'en dévoiler aucun. Le fait que l'on puisse invoquer le silence comme élément de preuve oblige le suspect à collaborer avec les personnes qui l'interrogent sans qu'il y ait échange de renseignements et sans que soient imposées des limites raisonnables au pouvoir de la police d'exiger la collaboration. À l'opposé, dans la salle d'audience, l'accusé est représenté, il est au courant des éléments de preuve qui l'accablent (en raison de la communication de la preuve) et il existe des règles régissant la recevabilité de la preuve. Voir McNicol dans *Law of Privilege* (1992), à la p. 286.

Je reconnais que ces distinctions sont valables, mais néanmoins, je ne suis pas disposé à reconnaître que, par conséquent, le droit de garder le silence avant le procès est absolu. Voici ce que dit le juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*, précité, à la p. 179:

L'article 7 garantit le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Mais il reconnaît que ces droits ne sont pas absolus. Dans certaines circonstances, l'État peut à juste titre priver une personne de ces droits. Mais cela doit se faire en conformité avec les principes de justice fondamentale

Ce principe est d'autant plus applicable lorsque deux droits, tous deux garantis par la *Charte*, s'opposent. Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877, le Juge en chef dit, au nom de la majorité, qu'"[i]l faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits". Il est significatif, à cet égard, que

ing *Charter* right, the right to pre-trial silence is not absolute. Accordingly, failure to make a timely disclosure of an alibi defence can be used by the Crown to attack the credibility of this defence. See *Chambers, supra*, per Cory J., at p. 1319.

The Right to Full Answer and Defence

27

There is no doubt about the right of co-accused persons to cross-examine each other in making full answer and defence. See *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), and *R. v. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537 (B.C.C.A.). Moreover, restrictions that apply to the Crown may not apply to restrict this right of the co-accused. As pointedly observed by D. W. Elliott, "Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused", [1991] *Crim. L. Rev.* 5, at p. 17, "[t]he notion of the Crown having one hand tied behind its back is familiar and accepted, but not the notion of a person standing trial being in that position". See also *R. v. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385 (affirmed on other grounds, [1993] 4 S.C.R. 573), at p. 434, per Doherty J.A. Accordingly, a co-accused may adduce evidence of or cross-examine on the disposition or propensity of a co-accused to commit the offence even though the co-accused has not put his character in issue, and may cross-examine a co-accused on a statement the voluntariness of which has not been established. See *R. v. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.); *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.); *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Jackson, supra*. Exclusionary rules based on a policy of fairness to the accused would preclude the Crown resorting to this kind of evidence.

28

The right to make full answer and defence is protected under s. 7 of the *Charter*. As stated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336:

This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of*

même en l'absence d'un droit opposé garanti par la *Charte*, le droit de garder le silence avant le procès n'est pas absolu. Par conséquent, l'omission de révéler en temps utile un moyen de défense d'alibi peut être invoquée par le ministère public pour miner la crédibilité de ce moyen de défense. Voir *Chambers*, précité, le juge Cory, à la p. 1319.

Le droit à une défense pleine et entière

Le droit d'un accusé de contre-interroger un coaccusé aux fins de présenter une défense pleine et entière ne fait aucun doute. Voir *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), et *R. c. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537 (C.A.C.-B.). De plus, des restrictions applicables au ministère public peuvent ne pas avoir pour effet de limiter ce droit de l'accusé. Comme le dit avec à-propos D. W. Elliott dans «*Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused*», [1991] *Crim. L. Rev.* 5, à la p. 17, [TRA-DUCTION] «[l']idée que le ministère public a une main attachée derrière le dos est familière et acceptée, mais pas celle qu'il en soit de même pour la personne qui subit son procès». Voir également *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385 (confirmé pour d'autres motifs par [1993] 4 R.C.S. 573), à la p. 434, le juge Doherty. Un accusé peut donc présenter des éléments de preuve ou procéder à un contre-interrogatoire concernant la propension d'un coaccusé à commettre l'infraction, même s'il n'a pas mis sa moralité en cause, et il peut contre-interroger un coaccusé relativement à une déclaration dont le caractère volontaire n'a pas été établi. Voir *R. c. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.); *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85 (C.P.); *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Jackson*, précité. Les règles d'exclusion fondées sur un principe d'équité envers l'accusé empêchent le ministère public de recourir à ce genre de preuve.

Le droit de présenter une défense pleine et entière est garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Voici ce que dit l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 336:

Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les prin-

Rights and Freedoms as one of the principles of fundamental justice. . . . The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted.

This right extends to prevent incursions on its exercise not only by the Crown but by the co-accused. As observed by Goodman J.A. in *Kendall, supra*, at p. 127:

Having been obliged to participate in a joint trial, Kendall was nevertheless entitled to make full answer and defence in accordance with the principles of fundamental justice: see *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7, and the *Criminal Code* of Canada, s. 577(3). The law is clear that if Kendall had been tried alone he would have been entitled to call Dakin's evidence to show that it was probable that McKay had committed the crime. His right to call that evidence cannot be denied simply because he was obliged to participate in a joint trial.

The right to full answer and defence, as is the case with other *Charter* rights, is not absolute. It must be applied and be subject to other rules that govern the conduct of a criminal trial. As I stated in *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1515:

The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence.

When the right is asserted by accused persons in a joint trial, regard must be had for the effect of the public interest in joint trials with respect to charges arising out of a common enterprise. Can this interest in joint trials prevail against the assertion of one accused to make full answer and defence while at the same time protecting another accused against the blows to his or her right to pre-trial silence that the exercise of the right to make full answer and defence entails? In order to resolve this question it is necessary to examine the principles relating to joint trials and severance.

cipes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables.

L'application de ce droit englobe l'interdiction qui est faite non seulement au ministère public, mais également à un coaccusé, d'en entraver l'exercice. Le juge Goodman signale ce qui suit dans l'arrêt *Kendall*, précité, à la p. 127:

[TRADUCTION] Ayant été contraint de subir un procès conjoint, Kendall avait néanmoins droit à une défense pleine et entière conformément aux principes de justice fondamentale: voir l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le par. 577(3) du *Code criminel* du Canada. Il ressort clairement de la loi que si Kendall avait fait l'objet d'une poursuite individuelle, il aurait pu appeler Dakin à la barre pour établir qu'il était probable que McKay avait commis le crime. Son droit de présenter ce témoignage ne peut être écarté simplement parce qu'il a été contraint de subir un procès conjoint.

À l'instar d'autres droits garantis par la *Charte*, le droit à une défense pleine et entière n'est pas absolu. Il doit être appliqué en fonction d'autres règles qui régissent la tenue d'un procès criminel. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1515:

Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la *Charte*, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple, en vertu des règles du oui-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence.

Lorsque des accusés font valoir ce droit dans le cadre d'un procès conjoint, il faut tenir compte de l'intérêt public afférent à la tenue de procès conjoints dans le cas d'accusations qui découlent d'une entreprise commune. Cet intérêt peut-il l'emporter sur l'exercice, par un accusé, de son droit à une défense pleine et entière tout en protégeant, en même temps, un autre accusé contre les atteintes à son droit de garder le silence avant le procès qui résulteraient de l'exercice du droit à une défense pleine et entière? Il faut, pour trancher la question, examiner les principes applicables aux procès conjoints et aux procès distincts.

Joint Trials and Severance

29

In *Kendall, supra*, Goodman J.A., after concluding that the exclusion of evidence as to disposition of the co-accused violated the appellant's right to make full answer and defence, went on to deal with the question of severance. At page 127, after the passage quoted above, he stated:

It is no doubt true that the evidence of Dakin would have been highly prejudicial to McKay.... It may be that if the evidence had been admitted that McKay could have complained that it was highly prejudicial to him and could not have been introduced against him by the prosecution if he had been tried alone. He may then have applied for a separate trial on the ground that the admission of such evidence on the joint trial might cause a miscarriage of justice in so far as he was concerned.

30

There exist, however, strong policy reasons for accused persons charged with offences arising out of the same event or series of events to be tried jointly. The policy reasons apply with equal or greater force when each accused blames the other or others, a situation which is graphically labelled a "cut-throat defence". Separate trials in these situations create a risk of inconsistent verdicts. The policy against separate trials is summarized by Elliott, *supra*, at p. 17, as follows:

There is a dilemma here which could only be avoided by separate trials. But separate trials will not be countenanced because, quite apart from the extra cost and delay involved, it is undeniable that the full truth about an incident is much more likely to emerge if every alleged participant gives his account on one occasion. If each alleged participant is tried separately, there are obvious and severe difficulties in arranging for this to happen without granting one of them immunity. In view of this, in all but exceptional cases, joint trial will be resorted to, despite the double bind inevitably involved.

31

Although the trial judge has a discretion to order separate trials, that discretion must be exercised on the basis of principles of law which include the instruction that severance is not to be ordered

La tenue de procès conjoints ou distincts

Dans *Kendall*, précité, après avoir conclu que l'exclusion de la preuve concernant la propension du coaccusé violait le droit de l'appelant à une défense pleine et entière, le juge Goodman a abordé la question des procès distincts. Après l'extrait cité précédemment, il dit ce qui suit à la p. 127:

[TRADUCTION] Nul doute que le témoignage de Dakin aurait été grandement préjudiciable à McKay [...]. On peut penser que si le témoignage avait été jugé recevable, McKay aurait pu s'élever contre le fait que ce témoignage nuisait considérablement à sa cause et prétendre qu'il n'aurait pu être présenté par la poursuite s'il avait subi son procès séparément. Il aurait pu alors demander la tenue d'un procès distinct pour le motif que l'admission de ce témoignage au procès conjoint risquait de l'exposer à une erreur judiciaire.

Il existe cependant de solides raisons de principe pour que les personnes accusées d'infractions qui découlent d'un même événement ou d'une même suite d'événements subissent leur procès conjointement. Ces raisons valent autant sinon plus lorsque chacun des coaccusés rejette le blâme sur l'autre, situation qualifiée de «défense traîtresse». La tenue de procès distincts en pareil cas fait courir le risque de verdicts contradictoires. Elliott, *loc. cit.*, résume, à la p. 17, les principes qui militent contre la tenue de procès distincts:

[TRADUCTION] La situation pose un dilemme qui ne pourrait être évité que par la tenue de procès distincts. Or, des procès distincts ne seront pas préconisés, car autre les frais supplémentaires et les délais qu'ils supposent, il est indéniable que toute la vérité sur un événement est beaucoup plus susceptible d'être dévoilée si chacun des prétenus participants donne sa version des faits à une même occasion. Si ces derniers étaient poursuivis séparément, il serait manifestement très difficile d'obtenir le même résultat sans accorder l'immunité à l'un d'eux. Partant, sauf dans les cas exceptionnels, un procès conjoint aura lieu malgré l'impasse qui en découle nécessairement.

Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts, il doit exercer ce pouvoir en tenant compte de principes juridiques, y compris celui voulant que la

unless it is established that a joint trial will work an injustice to the accused. The mere fact that a co-accused is waging a "cut-throat" defence is not in itself sufficient. In *Pelletier, supra*, a co-accused was permitted to cross-examine another accused on a statement to the police that had not been proved to be voluntary. On appeal of his conviction he contended that if he had been tried separately the cross-examination would not have been permitted. On this basis he claimed that the trials should have been severed. In dismissing this ground, Hinkson J.A., on behalf of the court, stated, at p. 539:

On this point it is necessary to keep in mind that the trial judge has a discretion as to whether or not he will grant a severance. The general rule of severance is that persons engaged in a common enterprise should be jointly tried unless it can be demonstrated that a joint trial would work an injustice to a particular accused: *R. v. Black and six others*, [1970] 4 C.C.C. 251 at pp. 267-8, 10 C.R.N.S. 17 at pp. 35-6, 72 W.W.R. 407. In this case, the trial judge was not persuaded that it was appropriate to grant a severance. I do not conclude that he erred in the exercise of his discretion.

As I pointed out above, neither party to this appeal contended that the solution to the problem is to order separate trials whenever the full exercise of the right to make full answer and defence by one accused appears to collide with the protections ordinarily accorded to an accused when facing the Crown alone. This position is consistent with both principle and policy as outlined above. The general rule, therefore, is that the respective rights of the co-accused must be resolved on the basis that the trial will be a joint trial. This does not mean, however, that the trial judge has been stripped of his discretion to sever. That discretion remains and can be exercised if it appears that the attempt to reconcile the respective rights of the co-accused results in an injustice to one of the accused.

tenue de procès distincts ne soit ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. Le seul fait qu'un coaccusé a recours à une défense «traîtresse» n'est pas suffisant en soi. Dans l'arrêt *Pelletier*, précité, on a autorisé un accusé à contre-interroger un coaccusé relativement à la déclaration qu'il avait faite à la police et dont le caractère volontaire n'avait pas été établi. En appel de sa déclaration de culpabilité, il a soutenu que, s'il avait été poursuivi séparément, le contre-interrogatoire n'aurait pas été autorisé. Il a donc fait valoir que la tenue de procès distincts aurait dû être ordonnée. En rejetant ce moyen, le juge Hinkson dit ce qui suit au nom de la cour, à la p. 539:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler, à cet égard, que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de faire droit ou non à une demande de procès distincts. La règle générale en la matière veut que les personnes qui ont pris part à une entreprise commune soient jugées conjointement, sauf si l'on peut démontrer qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'une d'elles: *R. c. Black and six others*, [1970] 4 C.C.C. 251, aux pp. 267 et 268, 10 C.R.N.S. 17, aux pp. 35 et 36, 72 W.W.R. 407. En l'espèce, le juge du procès n'était pas convaincu qu'il était opportun d'ordonner la tenue de procès distincts. Je ne conclus pas qu'il a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Comme je l'ai mentionné précédemment, aucune des parties au présent pourvoi ne prétend que la solution du problème réside dans la tenue de procès distincts chaque fois que le plein exercice du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière paraît entrer en conflit avec les garanties dont bénéficie habituellement un accusé qui fait face seul au ministère public. Cette position est compatible avec les principes énoncés précédemment. La règle générale veut donc que la question des droits respectifs des coaccusés soit réglée sur la base que le procès sera conjoint. Cela ne signifie cependant pas que le juge du procès est dépouillé de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts. Il demeure investi de ce pouvoir et peut l'exercer s'il appert que les efforts visant à concilier les droits respectifs des coaccusés causent une injustice à l'un de ceux-ci.

Resolving Competing Charter Rights

33

The proper approach to the problem created by a conflict in the protected rights of individuals was outlined by the Chief Justice in *Dagenais, supra*. After stressing that *Charter* rights are of equal value, he continued as follows, at p. 877:

When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

34

I have gone to some length to stress that *Charter* rights are not absolute in the sense that they cannot be applied to their full extent regardless of the context. Application of *Charter* values must take into account other interests and in particular other *Charter* values which may conflict with their unrestricted and literal enforcement. This approach to *Charter* values is especially apt in this case in that the conflicting rights are protected under the same section of the *Charter*.

35

Applying the foregoing to the question posed at the commencement of this analysis, the appropriate choice of the three solutions is readily apparent. The first option would allow the right to silence to trump the right to full answer and defence. This would apply one right fully in complete disregard of another equal right. Similarly, the second option would allow the right to full answer and defence to trump the right to silence. This again is counter to the approach which was approved in *Dagenais, supra*, in that it applies one right in absolute terms to the detriment of another equal right. The third solution which strikes a balance between the two is the correct approach. It remains to determine how the two rights can be reconciled in order to give the fullest respect possible to the *Charter* values which underpin these rights.

36

An accused who testifies against a co-accused must accept that his credibility can be fully

La conciliation de droits opposés garantis par la Charte

La méthode qu'il convient d'appliquer pour résoudre le problème que pose le conflit entre les droits constitutionnels de plusieurs personnes est exposée par le Juge en chef dans l'arrêt *Dagenais*, précité. Après avoir précisé que les droits reconnus dans la *Charte* ont une valeur égale, il ajoute à la p. 877:

Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

J'ai expliqué assez longuement que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absous en ce sens qu'ils ne peuvent être appliqués dans toute leur étendue sans tenir compte du contexte. Le respect des valeurs qui sous-tendent la *Charte* doit prendre en considération d'autres intérêts et, en particulier, d'autres valeurs de la *Charte* qui peuvent être incompatibles avec le respect intégral des premières. Cette démarche est particulièrement valable en l'espèce, les droits conflictuels étant garantis par la même disposition de la *Charte*.

L'application de ces principes à la question posée au début de la présente analyse montre qu'une des trois solutions proposées s'impose d'emblée. La première ferait en sorte que le droit de garder le silence prévale sur le droit à une défense pleine et entière. Un droit serait respecté intégralement au mépris total d'un autre d'égale valeur. De même, la deuxième ferait en sorte que le droit à une défense pleine et entière prime sur le droit de garder le silence. À nouveau, cela serait contraire au raisonnement tenu dans l'arrêt *Dagenais*, précité, en ce qu'un droit serait appliqué de manière absolue au détriment d'un autre de rang égal. La troisième, qui établit un équilibre entre les deux droits en cause, est la bonne. Il reste à déterminer comment les deux droits peuvent être conciliés de façon à respecter le plus possible les valeurs qui sous-tendent ces droits garantis par la *Charte*.

L'accusé qui témoigne contre un coaccusé doit accepter que ce dernier puisse s'en prendre à la

attacked by the latter. In *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at pp. 635-36, the Chief Justice stated:

An accused has the right to remain silent during his or her trial. However, if an accused chooses to take the stand, that accused is implicitly vouching for his or her credibility. Such an accused, like any other witness, has therefore opened the door to having the trustworthiness of his/her evidence challenged.

The accused who has incriminated a co-accused by his testimony cannot therefore rely on the right to silence to deprive the accused who is implicated by his testimony of the right to challenge that testimony by a full attack on the credibility of the former including reference to his pre-trial silence. This enables the co-accused to dispel the evidence which implicates him emanating from his co-accused. He cannot, however, go further and ask the trier of fact to consider the evidence of his co-accused's silence as positive evidence of guilt on which the Crown can rely to convict. This is not essential to enable him to defend himself against the imputations of his co-accused and would constitute an unwarranted intrusion on the right to silence of his co-accused.

The limited use to which the evidence can be put must of course be explained to the jury with some care. The distinction between the use of evidence limited to credibility and evidence that can be used to infer guilt is well understood by lawyers but may not be easily understood by a jury. It has been criticized as being artificial. See *R. v. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237 (C.A.). While I recognize that the distinction is a subtle one, it is nonetheless a distinction that is firmly rooted in our law and is one that can be adequately explained to a jury. The distinction was recently re-affirmed by this Court in *Kuldip*, *supra*. At p. 635, the Chief Justice stated:

This seems an appropriate time at which to mention that I share Martin J.A.'s concern that it is sometimes difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. A trial judge will

crédibilité de son témoignage. Dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, le Juge en chef dit, aux pp. 635 et 636:

Un accusé a le droit de garder le silence pendant son procès. Toutefois, si l'accusé choisit de témoigner, c'est qu'il se porte implicitement garant de sa crédibilité. Cet accusé, tout comme n'importe quel autre témoin, ouvre donc la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage.

L'accusé qui, par son témoignage, incrimine un coaccusé ne peut donc s'appuyer sur son droit de garder le silence pour priver ce dernier du droit de contester son témoignage par une attaque systématique contre sa crédibilité, notamment en faisant état de son silence avant le procès. Ainsi, le coaccusé peut contrer la preuve incriminante qui émane de son coaccusé. Il ne peut cependant aller plus loin et demander au juge des faits de considérer le silence de son coaccusé comme une preuve positive de culpabilité sur laquelle le ministère public pourrait se fonder pour obtenir une déclaration de culpabilité. Cela n'est pas essentiel pour lui permettre de se défendre face aux imputations de son coaccusé et constituerait un empiètement injustifié sur le droit de ce dernier de garder le silence.

Les restrictions qui s'appliquent à l'utilisation de cette preuve doivent évidemment être expliquées au jury avec un certain soin. La différence entre l'utilisation d'une preuve à la seule fin de miner la crédibilité et son utilisation dans le but de conclure à la culpabilité est bien connue des avocats, mais pas nécessairement des membres d'un jury. D'aucuns soutiennent que cette distinction est artificielle. Voir *R. c. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237 (C.A.). Même si je reconnais que la distinction est subtile, elle est néanmoins solidement enracinée dans notre droit et elle peut être correctement expliquée aux membres d'un jury. La nuance a d'ailleurs été confirmée récemment par notre Cour dans l'arrêt *Kuldip*, précité. Le Juge en chef dit ce qui suit à la p. 635:

Le moment me semble opportun pour souligner que je partage la préoccupation du juge Martin: il est parfois difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le juge du pro-

have to be very clear in his or her instructions to the jury when setting out the uses to which previous testimony can be put and the uses to which such testimony must not be put. While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction. These instructions should, in many ways, be reminiscent of those which are routinely given with respect to the use to which an accused's criminal record may be put. A trial necessarily involves evidentiary questions which are sometimes complex in nature. While simplicity in these manners is generally preferable to complexity, the policy reasons underlying the need for a jury to have before it all the relevant information related to the charge (discussed by this Court in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670) clearly outweigh the benefits of simplicity in these circumstances.

It is also a distinction that is made with respect to the alibi defence in respect of which the accused's failure to make timely disclosure may be used to attack credibility. See *Chambers, supra*.

38

A proper balance with respect to the competing rights in issue can be achieved if the trial judge when sitting alone carefully applies the distinction to which I refer above. The evidence of pre-trial silence is not to be used as positive evidence to infer the guilt of the accused either as tending to show consciousness of guilt or otherwise. In a trial before a jury the trial judge must explain the respective rights involved, how they are to approach the use of the evidence of silence and its limited purpose. In her dissenting reasons, Weiler J.A. has suggested four points that the charge should contain. The Crown in its argument and factum suggests a fifth. With the benefit of these suggestions and the submissions of counsel, I propose the following as a guideline that trial judges should follow in these circumstances. The jury should be told:

1. that the co-accused who has testified against the accused had the right to pre-trial silence and

cès devra donner des directives très claires au jury au moment de décrire ce que ce dernier peut faire et ce qu'il ne doit pas faire d'un témoignage antérieur. Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas être trop embarrassé. À bien des égards, ces directives devraient ressembler à celles que l'on donne habituellement au sujet du traitement du casier judiciaire d'un accusé. Un procès soulève nécessairement des questions de preuve qui sont parfois de nature complexe. Même si, dans ces cas, la simplicité est généralement préférable à la complexité, les principes pour lesquels il est impératif que le jury dispose de tous les renseignements pertinents relatifs à l'accusation (que la Cour a analysés dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670) ont nettement plus de poids que les avantages qu'offre la simplicité en pareille situation.

La distinction vaut également à l'égard de la défense d'alibi lorsque l'omission par l'accusé de divulguer ce moyen de défense en temps opportun peut être invoquée pour miner la crédibilité. Voir *Chambers, précité*.

Un équilibre approprié peut être établi entre les droits opposés en cause si le juge du procès, siégeant seul, applique avec soin la distinction susmentionnée. La preuve que l'accusé a gardé le silence avant le procès ne doit pas être utilisée comme une preuve qui permet de conclure à la culpabilité de l'accusé parce qu'elle tend à démontrer, notamment, l'existence de la conscience de culpabilité. Dans un procès devant jury, le juge doit expliquer les droits respectifs en cause, la façon dont les membres du jury doivent envisager l'utilisation de la preuve relative au silence et la portée limitée de cette preuve. Dans ses motifs de dissidence, le juge Weiler a proposé un exposé en quatre points. Dans sa plaidoirie et son mémoire, le ministère public en propose un cinquième. Fort de ces recommandations et des observations formulées par les avocats, je propose ce qui suit à titre de lignes directrices que tout juge qui préside un procès devrait suivre en pareilles circonstances. Voici ce qu'il faudrait dire au jury:

1. le coaccusé qui a témoigné contre l'accusé avait le droit de garder le silence avant le procès et

not to have the exercise of that right used as evidence as to innocence or guilt;

2. that the accused implicated by the evidence of the co-accused has the right to make full answer and defence including the right to attack the credibility of the co-accused;

3. that the accused implicated by the evidence of the co-accused had the right, therefore, to attack the credibility of the co-accused by reference to the latter's failure to disclose the evidence to the investigating authorities;

4. that this evidence is not to be used as positive evidence on the issue of innocence or guilt to draw an inference of consciousness of guilt or otherwise;

5. that the evidence could be used as one factor in determining whether the evidence of the co-accused is to be believed. The failure to make a statement prior to trial may reflect on the credibility of the accused or it may be due to other factors such as the effect of a caution or the advice of counsel. If the jury concluded that such failure was due to a factor that did not reflect on the credibility of the accused, then it must not be given any weight.

Application to this Appeal

There is no question in this appeal that Creighton's right of full answer and defence was respected and he was given full right of cross-examination on the appellant's pre-trial silence. The issue is whether the use of the appellant's pre-trial silence violated his *Charter* rights. There was nothing in the manner or form of the cross-examination that amounted to an improper use of this evidence. Ordinarily, the extent of the use to be made of the answers obtained in cross-examination will not be apparent from the questions and answers themselves and any limitations on such use must be imposed in the instructions to the jury. For the reasons which I have expressed above, I decline to accede to the appellant's submission that counsel for the accused, Creighton, should not have been

l'exercice de ce droit ne pouvait pas être utilisé comme preuve de son innocence ou de sa culpabilité;

2. l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé a le droit de présenter une défense pleine et entière, y compris le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé;

3. l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé avait donc le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé en faisant état de l'omission de ce dernier de divulguer la preuve aux enquêteurs;

4. cette preuve ne peut être utilisée comme preuve positive quant à la question d'innocence ou de culpabilité pour conclure, notamment, à l'existence de la conscience de culpabilité;

5. la preuve pourrait être utilisée comme un facteur aux fins de déterminer si le témoignage du coaccusé est crédible. L'omission de faire une déclaration avant le procès peut entacher la crédibilité de l'accusé, ou elle peut être imputée à d'autres facteurs, comme l'effet d'une mise en garde ou les conseils d'un avocat. Si le jury est d'avis que l'omission est due à un facteur qui n'entache pas la crédibilité de l'accusé, il ne doit pas en tenir compte.

Application au présent pourvoi

Il ne fait aucun doute en l'espèce que Creighton a eu droit à une défense pleine et entière et qu'on lui a accordé le droit de contre-interroger l'appellant relativement au silence qu'il a gardé avant le procès. La question en litige est de savoir si l'utilisation faite de ce silence a violé les droits de l'appelant garantis par la *Charte*. Rien dans les modalités ou le déroulement du contre-interrogatoire ne permet de conclure que cet élément de preuve a été utilisé de façon inappropriée. D'ordinaire, l'importance de l'utilisation qui sera faite des réponses obtenues en contre-interrogatoire ne ressort pas des questions et des réponses elles-mêmes, et toute restriction concernant cette utilisation doit être imposée dans les directives au jury. Pour les motifs exposés précédemment, je refuse de faire droit à la

allowed to cross-examine on the appellant's silence or that the jury should have been instructed to disregard this evidence. Accordingly, if the charge to the jury had contained proper instructions limiting the use of the evidence to credibility, then the appeal would have failed. The Crown concedes that the charge does not entirely follow the model which it proposes but submits that it is not so far removed from it that it constitutes a substantial wrong or miscarriage of justice. I agree with Weiler J.A. and for the reasons that she gives that the charge and re-charge contain serious misdirections. The jury were clearly invited to consider the evidence of pre-trial silence on the issue of innocence or guilt and as consciousness of guilt. The references to the right to remain silent did not mitigate this misdirection. The re-charge was not substantially different.

prétention de l'appelant voulant que l'avocat de l'accusé Creighton n'aurait pas dû être autorisé à le contre-interroger sur son silence ou que le juge du procès aurait dû donner comme directive au jury d'exclure cette preuve. Par conséquent, si l'exposé au jury avait renfermé des directives appropriées selon lesquelles cette preuve ne pouvait avoir une incidence que sur la crédibilité, le pourvoi aurait échoué. Le ministère public reconnaît que l'exposé n'est pas tout à fait conforme au modèle qu'il propose, mais il fait valoir qu'il ne s'en écarte pas au point d'entraîner un tort important ou une erreur judiciaire grave. Je suis d'accord avec le juge Weiler et avec ses motifs selon lesquels l'exposé initial et l'exposé supplémentaire renfermaient des directives gravement erronées. Le jury a été clairement invité à tenir compte de la preuve du silence gardé avant le procès pour se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de même qu'à le considérer comme l'indice de la conscience de culpabilité. Les mentions du droit de garder le silence n'ont pas atténué le caractère erroné de cette directive. L'exposé supplémentaire n'était pas essentiellement différent.

40 It would be difficult to justify the position that the distinction between the use of evidence for the purpose of credibility and as positive evidence of guilt is a meaningful one but that, on the other hand, failure to make it in this case did not have any significant effect on the result. I agree with Weiler J.A. that the Crown has not satisfied its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* to show that if a proper direction had been given the verdict would necessarily have been the same.

Il serait difficile de soutenir que la distinction entre l'utilisation d'un élément de preuve pour miner la crédibilité d'un témoignage et pour établir la culpabilité est importante mais que, par ailleurs, l'omission de faire cette distinction en l'espèce n'a pas eu une grande incidence sur l'issue du procès. Je partage l'opinion du juge Weiler que le ministère public ne s'est pas acquitté de son obligation, aux termes du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code*, de démontrer que si des directives appropriées avaient été données, le verdict aurait nécessairement été le même.

Disposition

41 The appeal is allowed and a new trial ordered

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

42 MCLACHLIN J.—I agree that the appeal must be allowed and a new trial ordered, but for different reasons than Justice Sopinka.

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d'accord pour dire que le pourvoi doit être accueilli et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée,

In my view, the dilemma ably described by my colleague is best dealt with by exclusion of evidence that a co-accused failed to give his version to the authorities at an early date. The co-accused has a constitutional right to silence. He therefore cannot be faulted for not giving his version to the police. If the right to silence is to be meaningful, no adverse inferences can be drawn from his failure to do so, either as to guilt or credibility. Pre-trial silence is either a right or it is not a right. If it is a right, the trier of fact should not be permitted to draw adverse inferences from its exercise. If adverse inferences are permitted, then the right to silence is effectively lost, for no accused who wishes to preserve the possibility of putting his story forth at trial can afford to exercise it. The right to silence, if it means anything, must mean that a suspect has the right to refuse to talk to the police and not be penalized for it. Further, since the accused has been informed by the police of the right not to speak, his exercise of it cannot logically found an inference as to his credibility when he later testifies. On this I agree with the unanimous decision of the High Court of Australia: "the fact of insistence on the right [to remain silent] in the face of questioning does not, of itself and standing alone, have any probative force at all against an accused" (*Bruce v. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603, at p. 604). See also David M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at pp. 554-56.

The same considerations govern the contention of the other accused in a joint trial, that he should be allowed to cross-examine on the failure of his co-accused to disclose his version to the police. Since no valid inference can be drawn from exercise of the right to silence, the evidence sought to be adduced should be excluded for lack of relevancy. Alternatively, even if slight probative value could be found, the evidence should be excluded

mais pour d'autres motifs que ceux exprimés par le juge Sopinka.

Selon moi, le dilemme dont fait habilement état mon collègue est résolu plus adéquatement par l'exclusion de la preuve que le coaccusé a omis de donner sa version des faits aux autorités à une date antérieure. Le coaccusé a le droit constitutionnel de garder le silence. On ne peut donc lui reprocher de ne pas avoir donné sa version des faits à la police. Si le droit de garder le silence doit avoir un sens, aucune conclusion défavorable ne peut être tirée de son exercice, que ce soit à l'égard de la culpabilité ou de la crédibilité. Le droit de garder le silence avant le procès s'applique ou ne s'applique pas. S'il s'applique, le juge des faits ne peut être autorisé à tirer une conclusion défavorable de son exercice. Sinon, le droit de garder le silence est, dans les faits, supprimé, car aucun accusé souhaitant se réserver la possibilité de donner sa version des faits au procès ne peut se permettre de l'exercer. Pour qu'il ait un sens, le droit de garder le silence doit signifier qu'un suspect peut refuser de parler aux policiers sans risquer d'être pénalisé pour autant. En outre, l'accusé ayant été informé par les policiers de son droit de garder le silence, l'exercice de ce droit ne saurait logiquement fonder une conclusion concernant la crédibilité de son témoignage ultérieur. À cet égard, je suis d'accord avec la décision unanime de la Haute Cour de l'Australie selon laquelle [TRADUCTION] «la détermination à exercer le droit [de garder le silence] pendant l'interrogatoire n'a, à elle seule, aucune force probante relativement à l'accusé» (*Bruce c. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603, à la p. 604). Voir également David M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), aux pp. 554 à 556.

Les mêmes remarques valent à l'égard de la pré-tention du coaccusé, dans un procès conjoint, selon laquelle il devrait être autorisé à contre-interroger son coaccusé concernant son omission de donner sa version des faits à la police. Comme aucune conclusion valable ne peut être tirée de l'exercice du droit de garder le silence, la preuve s'y rapportant devrait être écartée parce qu'elle n'est pas pertinente. Subsidiairement, même si elle avait une

on the ground that it has insufficient probative value to overcome the prejudicial effect on the trial process that arises from the danger that the jury will follow the path of forbidden reasoning and infer, not just lack of credibility, but guilt: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

quelconque valeur probante, la preuve devrait être écartée pour le motif que sa valeur probante est insuffisante pour justifier l'effet préjudiciable sur le déroulement du procès qui découle du risque que le jury s'engage dans la voie du raisonnement défendu et tire des conclusions en ce qui concerne non seulement la crédibilité, mais également la culpabilité: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

⁴⁵ In summary, exclusion of evidence of failure to disclose to the police is proper given the absence of probative value of such evidence. Because the evidence lacks probative value, it cannot be suggested that its exclusion denies the co-accused the right to full answer and defence. There is no "trumping" of rights; one of them is simply not attracted. Exclusion also has the practical merit of avoiding putting the accused to the task of justifying the exercise of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the jury to the almost impossible task of deciding whether "failure to make a statement prior to trial . . . reflect[s] on the credibility of the accused or . . . [is] due to other factors such as the effect of a caution or the advice of counsel" (as required by the fifth part of Sopinka J's suggested charge to the jury, at p. 885).

Pour résumer, l'exclusion de la preuve relative à l'omission de communiquer les faits à la police est appropriée étant donné que cette preuve n'a aucune valeur probante. Parce que la preuve n'a pas de valeur probante, on ne peut soutenir que son exclusion prive le coaccusé de son droit à une défense pleine et entière. Ce n'est pas qu'un droit l'emporte sur l'autre, mais simplement que l'un d'eux ne s'applique pas. L'exclusion a également l'avantage pratique de ne pas obliger l'accusé à justifier l'exercice des droits que lui confère la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle dispense aussi le jury de la tâche quasi impossible de déterminer si «[l']omission de faire une déclaration avant le procès . . .] entache la crédibilité de l'accusé ou [si] elle [est] imputée à d'autres facteurs, comme l'effet d'une mise en garde ou les conseils d'un avocat» (comme l'exige le cinquième point de l'exposé au jury proposé par le juge Sopinka, à la p. 885).

⁴⁶ Admission of evidence of a co-accused's silence leads to this further difficulty. The law of evidence precludes the admission of prior consistent statements to bolster the credibility of an accused. If pre-trial silence can lead to a negative inference as to credibility, the accused is placed in the anomalous situation of being obliged to make a prior consistent statement in order to avoid cross-examination on his silence, but being unable to tender that evidence in support of his own credibility.

L'utilisation de la preuve du silence d'un coaccusé soulève une autre difficulté. En effet, le droit de la preuve interdit l'utilisation de déclarations antérieures compatibles aux fins d'appuyer la crédibilité d'un accusé. Or, si le fait d'avoir gardé le silence avant le procès peut justifier une conclusion défavorable au chapitre de la crédibilité, l'accusé se trouve dans la situation aberrante d'être tenu de faire une déclaration antérieure compatible pour éviter d'être contre-interrogé relativement à son silence, tout en étant empêché de produire cette preuve à l'appui de sa propre crédibilité.

⁴⁷ It follows, in my view, that the evidence in question should have been excluded. I would allow the appeal and direct a new trial.

J'estime par conséquent que la preuve en question aurait dû être écartée. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Appeal allowed and new trial ordered.

Pourvoi accueilli, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

*Solicitors for the appellant: Hicks, Finnestad,
Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Hicks, Finnestad,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: C. Jane Arnup,
Toronto.*

Procureur de l'intimée: C. Jane Arnup, Toronto.