

Ashkan Jabarianha *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JABARIANHA

Neutral citation: 2001 SCC 75.

File No.: 27725.

2001: May 15; 2001: November 15.

Present: Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Procedure — Cross-examination of witness — Right against self-incrimination — Witness testifying that he and another, and not the accused, committed offence — Crown cross-examining witness as to his knowledge of constitutional protection against self-incrimination — Circumstances in which Crown may conduct such cross-examination — If trial judge erred in permitting cross-examination, whether curative proviso of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with breaking, entering and possession of stolen property. At his trial, a witness called by the accused testified that he and another, not the accused, were responsible for the crime. The Crown cross-examined the witness as to his knowledge of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This provision protects a witness who testifies in any proceeding from having incriminating evidence given by him or her used to incriminate that witness in any other proceeding, except in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence. The witness denied knowing he could not be prosecuted for the break and enter on the basis of his testimony. The trial judge did not find the witness's testimony as a whole to be credible and convicted the accused. The Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

Crown counsel should rarely be permitted to cross-examine on a witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*. The probative value of a witness's knowledge of s.

Ashkan Jabarianha *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. JABARIANHA

Référence neutre : 2001 CSC 75.

N^o du greffe : 27725.

2001 : 15 mai; 2001 : 15 novembre.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Contre-interrogatoire d'un témoin — Protection contre l'auto-incrimination — Témoin disant que lui et un autre, et non l'accusé, ont commis l'infraction — Contre-interrogatoire du ministère public sur la connaissance du témoin de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination — Circonstances autorisant ce type de contre-interrogatoire par le ministère public — Si le juge a fait erreur en autorisant le contre-interrogatoire, faut-il appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé d'introduction par effraction et de possession de biens volés. À son procès, l'accusé appelle un témoin qui déclare que lui et un autre, et non l'accusé, sont responsables du crime. Le ministère public contre-interroge le témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui protège contre l'utilisation d'un témoignage incriminant que donne un témoin pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Le témoin nie avoir su qu'il ne pourrait pas être poursuivi pour l'introduction par effraction sur la base de son témoignage. Le juge du procès estime que le témoignage du témoin dans son ensemble n'est pas crédible et déclare l'accusé coupable. La Cour d'appel confirme la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le ministère public devrait rarement être autorisé à contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*. La valeur probante de la connaissance

13 will generally be overborne by its prejudicial effect. Given that witnesses like other persons are presumed to know the law, an interrogation on this question is usually irrelevant while having the potential to cast doubt on the credibility and honesty of a witness. Moreover, the assumption that a witness who knows his or her self-incriminating testimony is protected by the *Charter* will be more likely to lie is in general wrong. A witness's knowledge of the law is not coextensive with a tendency to lie. However, cross-examination of a witness's knowledge of s. 13 may be permitted in the rare circumstances where the Crown has provided some evidence of a plot to lie or to obtain favours. In such circumstances, the probative value of a witness's knowledge of s. 13 could outweigh its prejudicial effect, tipping the scale in favour of the possibility that the witness's knowledge of s. 13 would affect the truthfulness of the testimony. That determination would generally lie in the discretion of the trial judge. Here, although permitting cross-examination on the witness's knowledge of s. 13 was an error of law, the trial judge's reliance on the witness's answer was minimal. This was a proper case to apply the *Criminal Code's* curative proviso as no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472; *R. v. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467; *R. v. Deane*, [2001] 1 S.C.R. 279, 2001 SCC 5; *R. v. Simard*, [2000] 2 S.C.R. 911, 2000 SCC 61; *R. v. Lawes*, [1997] 3 S.C.R. 694.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5 [am. 1997, c. 18, s. 116].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 136, 348(1)(b), 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 131 B.C.A.C. 82, 214 W.A.C. 82, 140 C.C.C. (3d) 242, 70 C.R.R. (2d) 245, [1999] B.C.J. No. 2634 (QL), 1999 BCCA 690, dismissing an appeal from conviction. Appeal dismissed.

qu'a le témoin de l'art. 13 sera généralement surpassée par son effet préjudiciable. Étant donné qu'un témoin, comme toute autre personne, est censé ne pas ignorer la loi, une question sur ce point est habituellement sans pertinence tout en ayant le potentiel de jeter le doute sur sa crédibilité et sa sincérité. De plus, la présomption qu'un témoin sachant que son témoignage incriminant est protégé par la *Charte* sera davantage porté à mentir est, en général, mal fondée. L'étendue de la connaissance que le témoin a de la loi n'est pas nécessairement proportionnelle à sa tendance à mentir. Cependant, le contre-interrogatoire d'un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 peut être permis dans les rares cas où le ministère public a présenté des preuves d'un complot en vue de mentir ou d'obtenir certains avantages. Dans ce cas, la valeur probante de la connaissance qu'a le témoin de l'art. 13 pourrait surpasser son effet préjudiciable, faisant pencher la balance du côté de la possibilité que cette connaissance ait une incidence sur la véracité de son témoignage. Cette appréciation relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Même si c'était une erreur de droit de permettre le contre-interrogatoire sur l'art. 13, le juge ne s'est fondé que de façon minimale sur la réponse du témoin. Comme il ne s'est produit aucun tort important et aucune erreur judiciaire grave, il y a lieu d'appliquer en l'espèce la disposition réparatrice du *Code*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472; *R. c. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467; *R. c. Deane*, [2001] 1 R.C.S. 279, 2001 CSC 5; *R. c. Simard*, [2000] 2 R.C.S. 911, 2000 CSC 61; *R. c. Lawes*, [1997] 3 R.C.S. 694.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 136, 348(1)(b), 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5 [mod. 1997, ch. 18, art. 116].

Doctrine citée

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 131 B.C.A.C. 82, 214 W.A.C. 82, 140 C.C.C. (3d) 242, 70 C.R.R. (2d) 245, [1999] B.C.J. No. 2634 (QL), 1999 BCCA 690, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, Q.C., for the appellant.

William F. Ehrcke, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

Gil D. McKinnon, c.r., pour l'appelant.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 MAJOR J. — The accused Jabarianha was charged with breaking, entering and possession of stolen property. At his trial, the accused called a witness who testified that he and another, but not the accused, were responsible for the crimes. That witness's testimony was shielded by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 13 of the *Charter* protects a witness who testifies in any proceeding from having incriminating evidence given by him or her used to incriminate that witness in any other proceeding, except in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence.

2 Section 13 of the *Charter* potentially permits a witness to claim responsibility for a crime to absolve an accused, content in the knowledge that that witness would be immune from use of that confession by the Crown to establish the guilt of the witness in a subsequent prosecution. At issue in this appeal are the circumstances under which Crown counsel should be permitted to cross-examine a witness's prior knowledge of the protection afforded by s. 13.

I. Facts

3 The accused had first met Richard Corkum, approximately two weeks before the break-in occurred. The accused testified that Corkum and his friend Stanley Gowan committed the break-in.

4 Two weeks after that meeting, Corkum telephoned the accused, ostensibly to ask him to join a car race, which he agreed to do, and subsequently the accused picked Corkum and Gowan up at Corkum's house.

5 After some late-night driving escapades, the accused testified that Corkum and Gowan asked to

LE JUGE MAJOR — L'accusé Jabarianha a été inculpé d'introduction par effraction et de possession de biens volés. À son procès, l'accusé a appelé un témoin qui a déclaré que lui et une autre personne, et non l'accusé, étaient responsables des crimes reprochés. La déposition de ce témoin était couverte par l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet article protège tout témoin contre l'utilisation d'un témoignage incriminant qu'il donne pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'article 13 de la *Charte* permet potentiellement à un témoin de se dire responsable d'un crime afin de disculper un accusé, avec la satisfaction de penser que le ministère public ne pourra utiliser cet aveu contre le témoin pour établir sa culpabilité dans une poursuite subséquente. Le pourvoi pose la question de savoir dans quelles circonstances le ministère public devrait être autorisé à contre-interroger le témoin au sujet de la connaissance préalable qu'il avait de la protection conférée par l'art. 13.

I. Les faits

L'accusé avait fait la connaissance de Richard Corkum environ deux semaines avant la date de l'introduction par effraction. Dans sa déposition, l'accusé a déclaré que Corkum et son ami Stanley Gowan avaient perpétré l'infraction.

Deux semaines après cette rencontre, Corkum a téléphoné à l'accusé sous le prétexte de lui demander de participer à une course automobile, et il a accepté; par la suite, l'accusé est allé chercher Corkum et Gowan chez Corkum.

Selon le témoignage de l'accusé, après quelques équipées nocturnes en voiture, Corkum et Gowan

be dropped off at a friend's house. The accused agreed, and further agreed to park and wait for five minutes.

The accused testified that he was surprised to see Corkum return to the car with a 200-pound toolbox, which Corkum put on the back seat. The toolbox was stolen from a garage attached to the house Corkum and Gowan had visited. The accused testified that he objected and prevented the pair from putting certain other objects in the trunk of the car.

Meanwhile, the victim of the theft was awakened by a commotion in the garage from which the tools were stolen. He called the police, who arrived quickly.

The accused saw car lights approaching his car. Thinking it was the police, the accused said he panicked. He sped away without turning on his headlights and hit a parked car. The accused was arrested and charged with breaking, entering and possession of stolen property. Of the three individuals allegedly involved in the thefts, the accused was the only person to be prosecuted.

At his trial, the accused called Corkum, who corroborated the accused's testimony that the accused was a dupe. Corkum testified: "I didn't let him know. I guess you could say I sort of used him to do it".

Crown counsel cross-examined Corkum's knowledge of s. 13 of the *Charter*. During the cross-examination, the following exchange that is at the nub of the present appeal took place:

Q So, defence counsel told you it would be better if you didn't talk to me?

A Yeah.

Q And you know that you can't be prosecuted for this break and enter as a result of evidence you give in court?

A I didn't know that.

lui ont demandé de les conduire chez un ami. L'accusé a accepté, et a accepté ensuite de se garer et d'attendre cinq minutes.

Dans son témoignage, l'accusé a déclaré avoir été surpris de voir Corkum revenir à l'automobile avec une boîte à outils de 200 livres, qu'il a déposée sur le siège arrière. La boîte à outils avait été volée dans le garage attenant à la maison où Corkum et Gowan s'étaient rendus. L'accusé a déclaré avoir protesté et avoir empêché les deux passagers de mettre certains autres objets dans le coffre de l'automobile.

Réveillée par le bruit dans le garage où les outils avaient été volés, la victime du vol a appelé la police, qui est arrivée rapidement sur les lieux.

L'accusé a vu des phares approcher. Il dit avoir paniqué, pensant qu'il s'agissait de la police. Il est parti en trombe sans allumer ses phares et a frappé une automobile stationnée. L'accusé a été arrêté et inculpé d'introduction par effraction et de possession de biens volés. Des trois personnes soupçonnées de participation au vol, seul l'accusé a fait l'objet de poursuites.

Cité comme témoin de la défense, Corkum a corroboré la déposition de l'accusé selon laquelle ce dernier avait été dupé et il a déclaré ceci : [TRADUCTION] « Je ne l'avais pas mis au courant. Vous pourriez dire que je me suis servi de lui ».

Le substitut du procureur général a contre-interrogé Corkum sur ce qu'il savait de l'art. 13 de la *Charte*. Le contre-interrogatoire a donné lieu à l'échange suivant, qui est au cœur du présent pourvoi :

[TRADUCTION]

Q. L'avocat de la défense vous a donc dit qu'il vaudrait mieux ne pas me parler?

R. Ouais.

Q. Et vous savez que vous ne pouvez pas être poursuivi pour l'introduction par effraction par suite de votre témoignage devant le tribunal?

A. Je ne savais pas.

6

7

8

9

10

II. Relevant Statutory Provisions

11 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

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

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

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

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*

12 Koenigsberg J. found the accused guilty of breaking and entering, contrary to s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

13 In the course of her reasons, Koenigsberg J. referred to Corkum's knowledge of s. 13 of the *Charter*:

Mr. Corkum, for instance, was completely unbelievable when he denied knowing he could not be prosecuted for the break and enter on the basis of confessing to it in the courtroom under oath.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 140 C.C.C. (3d) 242

14 At the British Columbia Court of Appeal, counsel for the accused argued that Corkum should not

II. Les textes législatifs

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

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

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

III. Les décisions antérieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

La juge Koenigsberg déclare l'accusé coupable d'introduction par effraction selon l'al. 348(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Dans ses motifs, elle mentionne la connaissance qu'avait Corkum de l'art. 13 de la *Charte* :

[TRADUCTION] M. Corkum, par exemple, n'était absolument pas crédible lorsqu'il a nié savoir qu'il ne pourrait pas être poursuivi pour l'introduction par effraction parce qu'il en avait fait l'aveu sous serment devant le tribunal.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 140 C.C.C. (3d) 242

Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'avocat de l'accusé fait valoir que Corkum

have been asked about his knowledge of s. 13 of the *Charter* and that the trial judge should not have used Corkum's answer to the question to assess his credibility.

Finch J.A., for the court, dismissed the appeal. He held that where a witness might know of the protection afforded by s. 13 of the *Charter*, there would be a "nexus or logical connection between the state of his knowledge and his credibility" (para. 24). He thought that if the witness knew that his or her testimony would be protected by s. 13 of the *Charter*, such knowledge would tend to undermine the witness's testimony. Similarly, Finch J.A. held if a witness was unaware of the protection afforded by s. 13 while testifying to a crime, the witness's evidence would be "entitled to greater weight than evidence not against penal interest" (para. 25). He said the prejudicial effect of the witness's response to the question would not outweigh its probative value.

IV. Issues

Under what circumstances can the Crown cross-examine a witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*? A subsidiary issue is the applicability of s. 686(1)(b)(iii), the *Code*'s curative proviso.

V. Analysis

(1) *Circumstances Under Which Crown Counsel may Cross-Examine a Witness's Knowledge of s. 13 of the Charter*

To be admissible, evidence must be relevant and not subject to an exclusionary rule of law or policy (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 23). Even where evidence is otherwise logically relevant, it may be excluded "if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if it involves an inordinate amount of time which is not commensurate with its value or if it is misleading in the sense that its effect on the trier of fact, particularly a jury, is out of proportion to

n'aurait pas dû être interrogé sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte* et que la juge du procès n'aurait pas dû se servir de la réponse de Corkum à la question pour apprécier sa crédibilité.

Le juge Finch, au nom de la cour, rejette l'appel. Il conclut que lorsqu'un témoin est susceptible de connaître la protection conférée par l'art. 13 de la *Charte*, il peut y avoir [TRADUCTION] « un lien ou une relation logique entre son niveau de connaissance et sa crédibilité » (par. 24). Il pense que, si le témoin sait que son témoignage sera protégé par l'art. 13 de la *Charte*, cette connaissance tend à affaiblir sa déposition. De la même façon, le juge Finch conclut que si un témoin n'est pas au courant de la protection donnée par l'art. 13 quand il témoigne sur un crime, son témoignage peut avoir [TRADUCTION] « plus de poids qu'un témoignage n'engageant pas sa responsabilité pénale » (par. 25). Il dit que l'effet préjudiciable de la réponse du témoin à la question ne surpasse pas sa valeur probante.

IV. Les questions en litige

Dans quelles circonstances le ministère public peut-il contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*? Un point subsidiaire est l'applicabilité du sous-al. 686(1)(b)(iii), la disposition réparatrice du *Code*.

V. Analyse

(1) *Les circonstances dans lesquelles le ministère public peut contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la Charte*

Pour être admissible, la preuve doit être pertinente et ne pas être sujette à une règle de droit ou un principe exigeant son exclusion (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 23). Même si la preuve est par ailleurs logiquement pertinente, elle peut être écartée « si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits,

15

16

17

its reliability” (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21).

18 It is my opinion that the probative value of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* will generally be overborne by its prejudicial effect. Given that witnesses like other persons are presumed to know the law, an interrogation on this question is usually irrelevant while having the potential to cast doubt on the credibility and honesty of a witness. It follows that Crown counsel should rarely be permitted to cross-examine on a witness’s knowledge of s. 13.

19 To appreciate the prejudicial effect of a witness’s knowledge of s. 13, it is important to consider the limited protection afforded by the section. Section 13 of the *Charter* merely prohibits a witness’s incriminating evidence from being used to incriminate against that witness in other proceedings. Section 13 does not constitute any guarantee that a witness will be free of prosecution for the crime to which the witness confessed. The Crown can rely on other evidence to prosecute that witness.

20 As well, s. 13 does not prohibit the witness’s testimony from being introduced in subsequent proceedings in which he or she would be either a witness or the accused. While the self-incriminatory testimony cannot be used to establish guilt, the testimony can be used in subsequent proceedings to test the witness’s credibility including that of the accused should he or she testify (*R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, *per* Lamer C.J.).

21 Finch J.A. concluded that if the witness knew of the protection afforded by s. 13, such knowledge would undermine the witness’s testimony; however, in order to reach this conclusion, the trier of fact must be aware of the extent to which the witness thought he was protected. If the witness believed he had absolute immunity with no possibility of any negative consequences of his false testimony, such immunity might undermine the evidence. On the other hand, if the witness believed the protection to be slight, or if the witness was unaware of any

en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité » (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21).

À mon avis, la valeur probante de la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 de la *Charte* sera généralement surpassée par son effet préjudiciable. Étant donné qu’un témoin, comme toute autre personne, est censé ne pas ignorer la loi, une question sur ce point est habituellement sans pertinence tout en ayant le potentiel de jeter le doute sur sa crédibilité et sa sincérité. Il s’ensuit que le ministère public devrait rarement être autorisé à contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l’art. 13.

Pour apprécier l’effet préjudiciable de la connaissance du témoin de l’art. 13, il est important de prendre en considération les limites de la protection donnée par cette disposition. L’article 13 de la *Charte* interdit simplement l’utilisation d’un témoignage incriminant d’un témoin pour incriminer ce témoin dans d’autres procédures. L’article 13 ne confère pas la garantie qu’un témoin sera à l’abri de toute poursuite pour le crime qu’il a avoué. Le ministère public peut se fonder sur d’autres preuves pour poursuivre ce témoin.

L’article 13 n’interdit pas non plus la production du témoignage d’un témoin dans des procédures subséquentes où il pourrait comparaître comme témoin ou comme accusé. Même si le témoignage incriminant antérieur ne peut être utilisé pour établir la culpabilité du témoin s’il est accusé, le témoignage incriminant peut, dans des procédures subséquentes, servir à apprécier sa crédibilité, y compris s’il témoigne comme accusé (*R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, le juge en chef Lamer).

Le juge Finch conclut que si le témoin avait connaissance de la protection garantie par l’art. 13, cette connaissance affaiblissait sa déposition; toutefois, pour parvenir à cette conclusion, le juge des faits doit savoir dans quelle mesure le témoin se croyait protégé. Si le témoin croyait jouir d’une immunité absolue excluant l’éventualité de conséquences négatives de son faux témoignage, cela pourrait affaiblir son témoignage. En revanche, si le témoin croyait que la protection était faible ou s’il n’était au courant d’aucune protection, son

protection, the evidence might, as Finch J.A. stated at para. 25, be “entitled to greater weight than evidence not against penal interest”. Without specific information as to the state of the witness’s knowledge, a bald question to the witness about his or her awareness of the protection of s. 13 would likely be more prejudicial than probative.

Given that the protection of s. 13 is limited, and the witness’s knowledge of the protection may be incorrect, the jury might wonder, and perhaps need instruction, about the inferences it should draw from a witness’s potentially imperfect knowledge of s. 13 of the *Charter*, as well as the extent to which a witness felt immune from prosecution. Such a process could shift the jury’s focus from the accused’s innocence or guilt to the witness’s understanding of the consequences of testifying under the limited protection of the *Charter*. There is also a real risk that a jury would give improper emphasis to the application of the limited protection of s. 13 of the *Charter*: see *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472 (C.A.), per Rosenberg J.A., at p. 478. These types of questions before a judge and jury have serious potential to be prejudicial. These types of questions before a judge sitting alone, as was the case here, are less likely to be as harmful, but in either case should be avoided.

In addition, probing the witness on cross-examination as to his or her knowledge of the protection of s. 13 may encroach on privileged information. The potential prejudicial effect of such a cross-examination was identified in *Swick*, *supra*, at p. 478:

To fully and fairly canvass [a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter*] it probably would have been necessary to inquire into solicitor-and-client discussions between [the accused] and his counsel and [the witness] and his counsel.

Rosenberg J.A. concluded:

This would be highly prejudicial to the trial process and the administration of criminal justice.

témoignage pourrait avoir, comme le dit le juge Finch, « plus de poids qu’un témoignage n’engageant pas sa responsabilité pénale » (par. 25). Sans information précise sur le niveau de connaissance du témoin, une simple question posée au témoin au sujet de sa connaissance de la protection offerte par l’art. 13 risquerait d’être plus préjudiciable que probante.

Puisque la protection de l’art. 13 est limitée et qu’il est possible que le témoin en ait une connaissance erronée, le jury pourrait s’interroger, et pourrait avoir besoin de directives, sur ce qu’il devrait inférer de la connaissance peut-être imparfaite que le témoin avait de l’art. 13 de la *Charte*, et sur l’étendue de la protection que le témoin croyait avoir. Un tel processus pourrait distraire l’attention du jury de la question de l’innocence ou de la culpabilité de l’accusé pour la faire porter sur la connaissance qu’avait le témoin des conséquences de sa déposition dans le cadre de la protection limitée de la *Charte*. Il y a aussi un risque réel que le jury accorde trop d’importance à la protection limitée de l’art. 13 de la *Charte* : voir *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472 (C.A.), le juge Rosenberg, p. 478. Les questions de ce type à un procès devant juge et jury risquent fortement d’être préjudiciables. Les questions de ce type dans un procès sans jury, comme en l’espèce, posent probablement un risque moindre, mais elles devraient être évitées dans les deux cas.

De plus, contre-interroger le témoin sur sa connaissance de la protection de l’art. 13 peut porter atteinte à la confidentialité de renseignements. L’effet préjudiciable possible d’un tel contre-interrogatoire est identifié dans *Swick*, précité, p. 478 :

[TRADUCTION] Un examen complet et équitable [de la connaissance qu’a un témoin de l’art. 13 de la *Charte*], exigerait probablement d’interroger sur les communications professionnelles entre [l’accusé] et son avocat et entre [le témoin] et son avocat.

Le juge Rosenberg conclut :

[TRADUCTION] Cela serait très préjudiciable pour le processus judiciaire et l’administration de la justice pénale.

22

23

If a witness claimed solicitor-client privilege as a result of an inquiry into the witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*, the trial judge would be left with the vexing question of what implications the jury might draw from the witness's unexplored potential knowledge.

24 It is important to remember that if a witness's confession is truthful, he or she will not be absolved from blame but still faces the prospect of being charged; if his or her confession is untruthful, the witness creates the risk of further inquiry and prosecution.

25 In the circumstances of the present appeal, other penal consequences faced the confessing witness, Corkum. After Jabarianha's trial, Crown counsel could have brought charges against Corkum. It could have called Jabarianha to testify that Corkum was responsible for the offences. Had he been unwilling to testify, Jabarianha could have been declared a hostile witness and cross-examined. If Jabarianha's evidence were untruthful, he, too, would face the risk of perjury, of contempt of court or of giving contradictory evidence contrary to s. 136 of the *Code*. Yet another possibility is that in the prosecution of Corkum, the Crown's case might be so strong that Corkum would feel it was necessary to give evidence in which case he could be cross-examined on his testimony and disbelieved; he was only a liar, not a thief. On the other hand if his evidence were accepted, Corkum, as stated, could face a charge of perjury or a charge of giving contradictory evidence under s. 136 of the *Code*.

26 Generally, the only reason a witness's knowledge of s. 13 of the *Charter* is potentially relevant is the assumption that a witness who knows his or her self-incriminating testimony is protected by the *Charter* will be more likely to lie. Generally, this assumption is wrong. A witness's knowledge of the law is not co-extensive with a tendency to lie. In *R. v. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467 (Ont. C.A.), Dubin J.A. (as he then was, dissenting on other grounds) made that observation in the context

Si le témoin invoquait le privilège des communications entre avocat et client par suite d'un interrogatoire sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*, le juge du procès serait laissé aux prises avec l'épineuse question des inférences que le jury pourrait tirer de la connaissance potentielle mais inexplorée du témoin.

Il importe de se rappeler que si l'aveu d'un témoin est véridique, ce témoin n'est pas exonéré de toute faute et demeure susceptible d'être accusé; si l'aveu est mensonger, le témoin court le risque d'enquêtes et de poursuites supplémentaires.

Dans les circonstances de la présente espèce, d'autres conséquences pénales pesaient sur Corkum, le témoin qui a fait l'aveu. Après le procès de Jabarianha, le ministère public aurait pu porter des accusations contre Corkum. Il aurait pu appeler Jabarianha à témoigner que Corkum était responsable des crimes. S'il refusait de témoigner, Jabarianha pouvait alors être déclaré témoin hostile et contre-interrogé. S'il faisait un faux témoignage, Jabarianha risquait lui aussi d'être accusé de parjure, d'outrage au tribunal ou d'avoir donné des témoignages contradictoires en violation de l'art. 136 du *Code*. Une autre possibilité est que, dans des poursuites contre Corkum, la preuve du ministère public aurait été tellement solide que Corkum aurait estimé nécessaire de témoigner, s'exposant ainsi à être contre-interrogé sur son témoignage et à ne pas être cru; il n'était qu'un menteur, pas un voleur. En revanche, si son témoignage était accepté, Corkum risquait, comme on l'a vu, d'être inculpé en vertu de l'art. 136 du *Code* pour parjure ou témoignages contradictoires.

En général, la seule raison pour laquelle la connaissance qu'a un témoin de l'art. 13 de la *Charte* peut être pertinente est la présomption qu'un témoin sachant que son témoignage incriminant est protégé par la *Charte* sera davantage porté à mentir. En général, cette présomption est mal fondée. L'étendue de la connaissance que le témoin a de la loi n'est pas nécessairement proportionnelle à sa tendance à mentir. Dans *R. c. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467 (C.A. Ont.), le juge Dubin ((plus

of the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* which offers “virtually identical” protection to s. 13 of the *Charter* (*Kuldip, supra*, at p. 642). He said (at p. 470):

With respect to the evidence of Martin, [the trial judge] observed that Martin testified only after having taken the protection of the *Canada Evidence Act*. I infer from that that the learned trial Judge concluded that in doing so the credibility of Martin was thereby impaired. Approaching it in that way, in my opinion, he erred. Martin had a statutory right to give evidence in the manner that he did, and that fact standing by itself should not have affected his credibility.

Without other evidence of a motive for testifying falsely, evidence of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* should not affect his or her credibility. Thus, such evidence, standing alone, has little or no probative value. See *Swick, supra*, at p. 477. In this regard, I respectfully disagree with the finding of Finch J.A. in the Court of Appeal that without information as to the witness’s knowledge of s. 13, the trier of fact could form an unrealistic view of the worth of the evidence. On the contrary, for the reasons discussed above, evidence as to a witness’s knowledge of s. 13 is more apt to cloud the assessment of the evidence than to clarify it.

In rare circumstances, cross-examination of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* may be permitted. If the Crown provided some evidence of a plot to lie or to obtain favours, the probative value of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* could outweigh its prejudicial effect whereas evidence of mere friendship between the accused and witness will not (see *Swick, supra*, at p. 477). With evidence of a plot to lie or to obtain some benefit, the scale might tip in favour of the possibility that the witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* would affect the truthfulness of that testimony. That determination would generally lie in the discretion of the trial judge.

tard juge en chef de l’Ontario) dissident sur d’autres points) fait l’observation suivante dans le contexte de la protection offerte par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui confère « pratiquement la même » protection que l’art. 13 de la *Charte* (*Kuldip, précité*, p. 642). Il dit (à la p. 470) :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la déposition de Martin, [le juge du procès] a observé que Martin n’avait témoigné qu’après avoir invoqué la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*. J’en déduis que le juge du procès en a conclu que la crédibilité de Martin était affaiblie. À mon avis, il a commis une erreur. Martin avait le droit légal de déposer comme il l’a fait, et ce fait en soi n’aurait pas dû avoir d’incidence sur sa crédibilité.

Sans autre preuve d’une raison de faire un faux témoignage, la preuve de la connaissance qu’avait le témoin de l’art. 13 de la *Charte* ne devrait pas avoir d’incidence sur sa crédibilité. Par conséquent, une telle preuve, en soi, n’a que peu ou pas de valeur probante. Voir *Swick, précité*, p. 477. À cet égard, je ne partage pas la conclusion du juge Finch de la Cour d’appel selon lequel, s’il ne sait pas quelle connaissance le témoin a de l’art. 13, le juge des faits peut se faire une idée irréaliste de la valeur probante du témoignage. Au contraire, pour les raisons susmentionnées, la preuve relative à la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 est plus susceptible d’obscurcir l’appréciation de la preuve que de l’éclairer.

Dans de rares cas, le contre-interrogatoire d’un témoin sur sa connaissance de l’art. 13 de la *Charte* peut être permis. Si le ministère public a présenté des preuves d’un complot en vue de mentir ou d’obtenir certains avantages, la valeur probante de la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 de la *Charte* pourrait surpasser son effet préjudiciable, ce qui ne sera pas le cas pour la preuve d’une simple amitié entre l’accusé et le témoin (voir *Swick, précité*, p. 477). Devant la preuve d’un complot en vue de mentir ou d’obtenir certains avantages, il se peut que la balance penche du côté de la possibilité que la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 de la *Charte* ait une incidence sur la véracité de son témoignage. Cette appréciation relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

28 In the present appeal there was no independent evidence tendered as to a motive for Corkum to lie or obtain favours. As such, the prejudicial effects of the testimony, discussed above, outweigh its low probative value, and Corkum should not have been cross-examined as to his knowledge of s. 13 of the *Charter*.

(2) *Applicability of Section 686(1)(b)(iii), the Code's Curative Proviso*

29 Although Crown counsel should not have probed the witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*, the trial judge did not disbelieve Corkum only on the basis that he knew s. 13 of the *Charter* would protect his testimony. Rather, the trial judge's reasons demonstrate that she simply did not believe Corkum's testimony because his demeanour demonstrated signs of untruthfulness. The trial judge stated:

Both Mr. Corkum and Mr. Jabarianha were less than believable as they gave much of their evidence. Each exhibited classic signs of discomfort when challenged on points and then would elaborate the details. Each was evasive at times or his eyes shifted around. Thus in certain points of the story each by the story and his demeanour, displayed signs of untruthfulness.

Mr. Corkum, for instance, was completely unbelievable when he denied knowing he could not be prosecuted for the break and enter on the basis of confessing to it in the courtroom under oath. [Emphasis added.]

30 In the paragraph above, the words "for instance" demonstrate that the trial judge simply relied on Mr. Corkum's demeanour and his story (and not his purported lack of knowledge of s. 13 of the *Charter*) when she stated that she did not believe Corkum's testimony. Moreover, the trial judge referred to the witness's demeanour in testifying to his knowledge of s. 13 of the *Charter* as only one of several examples where he appeared untruthful. I agree with Finch J.A.'s reasons (at para. 31):

The trial judge's reference to Corkum's evidence (at para. 31 of the reasons) comes in the middle of her discussion

Aucune preuve indépendante de motifs que pouvait avoir Corkum de mentir ou de chercher à obtenir des avantages n'a été produite en l'espèce. En cela, les effets préjudiciables susmentionnés du témoignage l'emportent sur sa faible valeur probante, et Corkum n'aurait pas dû être contre-interrogé sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*.

(2) *L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii), la disposition réparatrice du Code*

Même si le substitut du procureur général n'aurait pas dû sonder la connaissance qu'avait le témoin de l'art. 13 de la *Charte*, la juge du procès n'a pas refusé de croire Corkum pour l'unique raison que celui-ci savait que l'art. 13 de la *Charte* protégerait son témoignage. Ses motifs montrent plutôt qu'elle n'a tout simplement pas cru le témoignage de Corkum parce que son comportement dénotait un manque de véracité. Elle dit :

[TRADUCTION] M. Corkum comme M. Jabarianha étaient moins que crédibles dans une grande partie de leurs témoignages. Les deux manifestaient des signes classiques de gêne lorsqu'ils étaient confrontés sur certains points, puis donnaient plus de détails. Les deux étaient évasifs à l'occasion ou détournaient les yeux. Ainsi, à certains points de l'histoire, ils ont tous deux manifesté des signes de manque de véracité, dans leur version des faits et leur comportement.

M. Corkum, par exemple, n'était absolument pas crédible lorsqu'il a nié savoir qu'il ne pourrait pas être poursuivi pour l'introduction par effraction parce qu'il en avait fait l'aveu sous serment devant le tribunal. [Je souligne.]

Dans ce dernier paragraphe, les mots « par exemple » montrent que la juge du procès s'est fondée simplement sur le comportement de M. Corkum et sur sa version des faits (et non sur sa prétendue ignorance de l'art. 13 de la *Charte*) lorsqu'elle a déclaré ne pas croire le témoignage de M. Corkum. En outre, elle n'a mentionné le comportement du témoin pendant son témoignage sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte* que comme un parmi plusieurs exemples où il paraissait peu digne de foi. Je souscris à ce que dit le juge Finch dans ses motifs (au par. 31) :

[TRADUCTION] La mention que fait la juge du procès du témoignage de Corkum (au par. 31 des motifs) survient

about the credibility of both the appellant and Corkum. Her disbelief of Corkum's answer to the impugned question is cited as an example of the several instances in which Corkum's demeanour betrayed the untrustworthiness of his evidence. I do not understand the learned trial judge to say that she considered Corkum's evidence unbelievable because he denied knowing his s. 13 rights. Rather, I understand her to say that his demeanour in giving that answer, amongst others, persuaded her that he was an untrustworthy witness whose evidence was not to be believed. In my view, it was entirely within the trial judge's proper function to assess Corkum's credibility in the way she did.

Although it was an error of law to permit the cross-examination to occur, the trial judge's minimal reliance on the witness's answer as described above demonstrates that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred and this is a proper case to apply s. 686(1)(b)(iii) the curative proviso in the *Code* (see *R. v. Deane*, [2001] 1 S.C.R. 279, 2001 SCC 5; *R. v. Simard*, [2000] 2 S.C.R. 911, 2000 SCC 61; *R. v. Lawes*, [1997] 3 S.C.R. 694).

The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

au milieu de son appréciation de la crédibilité de l'appellant et de celle de Corkum. Le fait qu'elle n'ait pas cru la réponse de Corkum à la question en cause est cité à titre d'exemple des nombreuses occasions où le comportement de Corkum dénotait le manque de fiabilité de son témoignage. Selon moi, la juge du procès ne dit pas que le témoignage de Corkum ne l'a pas convaincue parce qu'il a nié avoir connaissance de ses droits en vertu de l'art. 13. À mon sens, elle dit plutôt que son comportement lorsqu'il a donné cette réponse, entre autres, l'a persuadée qu'il était un témoin non fiable dont le témoignage n'était pas digne de foi. Selon moi, il lui appartenait entièrement dans l'exercice de ses fonctions de juge du procès d'apprécier la crédibilité de Corkum comme elle l'a fait.

Même si c'était une erreur de droit de permettre ce contre-interrogatoire, le fait que la juge du procès ne se soit fondée que de façon minimale sur la réponse du témoin, comme on l'a vu plus haut, démontre qu'il ne s'est produit aucun tort important et aucune erreur judiciaire grave et qu'il y a lieu d'appliquer en l'espèce le sous-al. 686(1)(b)(iii), la disposition réparatrice du *Code* (voir *R. c. Deane*, [2001] 1 R.C.S. 279, 2001 CSC 5; *R. c. Simard*, [2000] 2 R.C.S. 911, 2000 CSC 61; *R. c. Lawes*, [1997] 3 R.C.S. 694).

Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

31

32