

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sean Jeffrey Noble *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NOBLE

File No.: 25271.

1996: October 29; 1997: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

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

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

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sean Jeffrey Noble *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. NOBLE

Nº du greffe: 25271.

1996: 29 octobre; 1997: 24 avril.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Sopinka J.

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

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

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

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

By Lamer C.J. (dissenting)

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

By McLachlin J. (dissenting)

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

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

Citée par le juge McLachlin J. (dissidente)

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

Lois et règlements cités

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

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

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

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

Authors Cited

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

William F. Ehrcke, for the appellant.

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

The following are the reasons delivered by

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

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

Version française des motifs rendus par

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

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

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

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

¹ LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka. En toute déférence, je ne peux souscrire à l'interprétation qu'il donne des arrêts rendus antérieurement par notre Cour sur la possibilité de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé au procès.

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

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

³ Cette proposition n'est guère nouvelle; elle a été énoncée en common law, il y a un certain temps de cela, dans au moins trois décisions notables. Voir *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.); *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (C.S. Ont., Div. app.), conf. par [1931] R.C.S. 421. Elle

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

The Early Cases

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

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

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

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

La jurisprudence ancienne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The Modern Approach

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

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

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

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

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

L'approche moderne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² In *Vézeau, supra*, the accused was acquitted by a jury of non-capital murder. The issue on appeal was whether the trial judge erred by instructing the jury that they could not draw any unfavourable conclusions from the silence of the accused. The accused had presented an alibi defence at the trial, but did not personally testify. In concluding that the trial judge's remarks did constitute an error of law, Martland J. referred to the Court's then recent decision in *Corbett* and stated at p. 288:

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

Martland J. later remarked at p. 292:

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

¹³ In *Ambrose, supra*, the two appellants were convicted of capital murder in the killings of two police officers. On appeal the appellants raised numerous grounds for reversal, five of which the New Brunswick Appeal Division recognized as errors on the part of the trial judge, but none of which the Appeal Division concluded resulted in a miscarriage of justice. Spence J. concluded his strong affirmation of Limerick J.A.'s decision with a curt comment regarding the silence of the two accused at pp. 727-28:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

summarized 12 W.C.B. (2d) 270. In *Jackson*, the court said:

Any sensible jury would have asked itself this simple question. If the accused is not tattooed in the manner the complainant described why has he not established the fact? The jury's answer to itself can only have been something to this effect: in the absence of evidence that the accused is not thus tattooed we have no rational reason not to believe the complainant.

Under the right circumstances, as in *Jackson* and other cases, silence can be probative and form the basis for natural, reasonable, and fair inferences. As Ritchie J. said for the majority of this Court in *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, at p. 809:

... it would be "most naive" to ignore the fact that when an accused fails to testify after some evidence of guilt has been tendered against him by the Crown, there must be at least some jurors who say to themselves "If he didn't do it, why didn't he say so".

16 Recognizing that silence can be probative, this Court has said in the above-mentioned cases that it is a factor that both juries and appellate courts may properly consider. To summarize, with respect to juries, this Court has said:

"it [the law] does not prevent the jury from taking the fact into account without being told" [*Corbett, supra*, at p. 280];

"a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused" [*Marcoux, supra*, at p. 775];

"it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify" [*Vézeau, supra*, at p. 288];

"a jury is permitted to draw an adverse inference from the failure of an accused person to testify" [*François, supra*, at p. 835].

Similarly, with regard to the exercise of appellate court review of trial verdicts, this Court has said:

"the fact that [the] accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale" [*Avon, supra*, at p. 657];

Victoria V01065, résumé à 12 W.C.B. (2d) 270. Dans cet arrêt, la cour a dit ceci:

[TRADUCTION] Tout juré sensé se serait posé cette question simple: si l'accusé n'est pas tatoué de la manière décrite par la plaignante, pourquoi n'a-t-il pas établi ce fait? Le juré ne peut répondre que par quelque chose du genre: en l'absence de preuve que l'accusé n'est pas ainsi tatoué, je n'ai aucune raison logique de ne pas croire la plaignante.

Lorsque les circonstances s'y prêtent, comme dans *Jackson* et dans d'autres affaires, le silence peut être probant et fonder des conclusions naturelles, raisonnables et justes. Comme l'a dit le juge Ritchie, pour la majorité de notre Cour, dans *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, à la p. 809:

[TRADUCTION] ... on serait des plus naïfs si on mettait de côté le fait que lorsqu'un accusé ne témoigne pas il y a au moins quelques-uns des jurés qui se disent «s'il ne l'a pas fait, pourquoi ne le dit-il pas?»

Reconnaissant que le silence peut être probant, notre Cour a dit dans les arrêts précités qu'il constitue un facteur dont tant les jurys que les cours d'appel peuvent à juste titre tenir compte. En résumé, notre Cour a dit en ce qui a trait aux jurys:

«[la loi] n'empêche pas le jury de tenir compte d[e ce] fait sans qu'on le lui demande» [*Corbett*, précité, à la p. 280];

«un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment» [*Marcoux*, précité, à la p. 775];

«il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'absentation de l'accusé de témoigner» [*Vézeau*, précité, à la p. 288];

«un jury peut tirer une conclusion défavorable de l'omission de témoigner d'un accusé» [*François*, précité, à la p. 835].

De même, en ce qui concerne l'examen par les cours d'appel des verdicts rendus au procès, notre Cour a dit ceci:

«que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaiient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte» [*Avon*, précité, à la p. 657];

"this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal" [*Corbett, supra*, at p. 280];

"this Court is . . . entitled to take cognisance of the fact that despite this mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused neither of the accused offered any evidence in defence" [*Ambrose, supra*, at pp. 727-28];

"It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld . . . the court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime" [*Leaney, supra*, at p. 418].

I interpret these passages to mean that juries and appellate courts are entitled to give weight to the fact of the accused's silence. This is what courts typically mean when they use the expression "adverse inference". This, I submit, is also what Fauteux C.J. meant when he stated that silence was "a matter which the Court of Appeal could place on the scale" (emphasis added). As long as the Crown has first made out a case to meet, there are certain situations where the web of inculpation fashioned by the Crown requires the accused to account for unexplained circumstances or face the probative consequences of silence.

My brother Sopinka disagrees. He asserts that these cases mean only that the silence of the accused can confirm verdicts or at most serve as the basis to refuse to speculate about unstated defences. Nothing, he says, provides that silence can be used as evidence itself. With respect, I find Sopinka J.'s interpretation difficult to support. For one, an inference which merely confirms prior conclusions of guilt is superfluous. As Professor R. J. Delisle has commented:

The essence of a criminal trial is whether the Crown has established its case beyond a reasonable doubt. If a jury

«cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel» [*Corbett, précité*, à la p. 280];

«cette Cour a [...] le droit de prendre en considération le fait qu'en dépit de ce grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense» [*Ambrose, précité*, aux pp. 727 et 728];

«Il est bien reconnu que, pour déterminer s'il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité [...] la cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relient au crime» [*Leaney, précité*, à la p. 418].

J'interprète ces passages comme indiquant que les jurys et les cours d'appel peuvent accorder un certain poids au fait que l'accusé a gardé le silence. C'est ce que les tribunaux veulent dire généralement quand ils utilisent l'expression «conclusion défavorable». À mon sens, c'est aussi ce que voulait dire le juge en chef Fauteux quand il a dit que le silence était «une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte» (je souligne). Pour autant que le ministère public a d'abord présenté une preuve complète, il arrive que le faisceau de preuves réunies contre l'inculpé oblige ce dernier à commenter des circonstances inexpliquées sous peine de subir les conséquences de son silence sur le plan de la preuve.

Mon collègue le juge Sopinka n'est pas d'accord. Il affirme que ces arrêts établissent seulement que le silence de l'accusé peut servir à confirmer un verdict ou, tout au plus, à servir de fondement pour refuser de conjecturer sur des moyens de défense non invoqués. À son avis, rien n'indique que le silence en soi peut être utilisé comme élément de preuve. En toute déférence, j'estime que l'interprétation du juge Sopinka est difficile à défendre. Tout d'abord, une conclusion qui ne fait que confirmer les conclusions déjà tirées sur la question de la culpabilité est superfétatoire. Comme le fait remarquer le professeur R. J. Delisle:

[TRADUCTION] L'essence du procès pénal est la présentation par le ministère public d'une preuve hors de tout

cannot use the failure to testify to assist in its determination of whether they are satisfied beyond a reasonable doubt, then pray tell what the permissible adverse inference does? For what else can the jury use it?

(Annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203, at p. 204.)

Second, I find it illogical for the Court to say that silence may be used by judges and juries but only to the extent that it highlights the fact that the Crown's evidence remains uncontradicted. Uncontradicted by whom? To allow a trial judge to instruct the jury that the evidence remains uncontradicted is just a coded message to remind the jury that the accused has not led any evidence in his or her own defence. The jurisprudence clearly establishes that, once the Crown has proffered a case to meet, the silence of an accused itself can be used in determining whether an accused is guilty beyond a reasonable doubt. I believe that we should be straightforward and say so.

I similarly cannot accept that because this is a novel case involving a trial judge sitting without a jury, these holdings are any less applicable to the case at bar. In my opinion, whatever the Court is prepared to say about the proper uses of an accused's silence, those principles must apply to all decision makers, be they trial judges, juries, or appellate courts. Sopinka J. acknowledges this in part. He asserts in his reasons at para. 95 that there is no reason in principle to treat a judge's role as trier of fact any differently from that of a jury. However, Sopinka J. does make the claim that the principles this Court has enunciated in the context of appellate review do not apply to a situation in which a trial judge is sitting alone. The reason, he suggests, is that the right to silence and the presumption of innocence do not apply to appellate review.

With respect, I find it profoundly illogical to say that trial judges and juries must not weigh the silence of the accused on the evidentiary scales, but in reviewing whether their verdicts are reasonable appellate courts can assume that they did.

doute raisonnable. Si le jury ne peut pas utiliser le défaut de témoigner pour décider s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable, alors qu'on me dise à quoi sert la conclusion défavorable permise. À quelle autre fin le jury peut-il l'utiliser?

(Note accompagnant l'arrêt *R. c. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203, à la p. 204.)

Ensuite, je suis d'avis qu'il serait illogique pour la Cour d'affirmer que le silence peut être utilisé par les juges et les jurys, mais seulement dans la mesure où il fait ressortir le fait que la preuve du ministère public n'a pas été contredite. Non contredite par qui? Permettre au juge du procès de dire aux jurés que la preuve n'a pas été contredite c'est leur rappeler à mots couverts que l'accusé n'a produit aucune preuve en défense. La jurisprudence établit clairement que, une fois que le ministère public a présenté une preuve complète, le silence même de l'accusé peut être utilisé afin de décider si celui-ci est coupable hors de tout doute raisonnable. Je crois que nous ne devrions pas faire de détour et que nous devrions l'affirmer.

De même, je ne puis admettre que, parce que nous sommes en présence d'un cas sans précédent, du fait que le juge du procès a siégé sans jury, ces arrêts ne s'y appliqueraient pas. À mon avis, quels que soient les principes que notre Cour est disposée à énoncer au sujet des utilisations qui peuvent être faites du silence de l'accusé, ils doivent s'appliquer, sans égard à l'identité du décideur, qu'il s'agisse du juge du procès, d'un jury ou d'une cour d'appel. Le juge Sopinka le reconnaît en partie. Il affirme, dans ses motifs, au par. 95, qu'il n'existe en principe aucune raison justifiant de faire de distinction entre un juge et un jury dans leur rôle de juge des faits. Toutefois, il affirme que les principes que notre Cour a énoncés dans le contexte de l'examen en appel ne s'appliquent pas aux procès où le juge siège sans jury, parce que, soutient-il, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence ne s'appliquent pas à l'examen en appel.

En toute déférence, j'estime qu'il est profondément illogique d'affirmer que le juge qui préside un procès ou le jury ne doit pas apprécier la force probante du silence de l'accusé, mais que la cour d'appel peut supposer qu'il l'a fait, lorsqu'elle se

Such a holding would lead to disparate and unjust results. Consider the following two scenarios:

Scenario 1: A is charged with theft. A remains silent and the trier of fact follows the supposed rule against adverse inferences and does not weigh his silence as evidence. The other evidence against A, while strong, does not convince the trier of fact that he is guilty beyond a reasonable doubt. A is acquitted.

Scenario 2: A is charged with theft. A remains silent but the trier of fact, contrary to the supposed rule against adverse inferences, weighs his silence as evidence but says nothing of it. On the basis of his silence and the other evidence against him A is convicted.

According to Sopinka J., if A were to appeal his conviction in the second scenario under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appellate court would be right to consider the silence of the accused in determining whether the initial verdict was unreasonable or unsupported by the evidence. In other words, it would be proper for appellate courts to tacitly approve errors of law.

I simply cannot conceive how a trial verdict that is a miscarriage of justice can be cured by an appellate court pursuant to s. 686(1)(b)(iii) because we say that certain *Charter* rights no longer apply on appeal. I similarly cannot understand how a verdict that would ordinarily be considered unreasonable can magically become reasonable pursuant to s. 686(1)(a)(i) simply because the case has progressed from one level of court to another. If the role of a trier of fact is to have any meaning, appellate courts must undertake their statutory responsibility to review the fitness of verdicts and to cure trial errors on the same understanding of the silence of an accused. I cannot endorse a criminal justice system in which an accused's silence may be used to a greater extent by appellate judges than by triers of fact at the trial level. Otherwise the Court is effectively sanctioning what it says is

demande si le verdict est raisonnable. Pareille conclusion entraînerait des résultats disparates et injustes. Prenons les deux scénarios suivants:

Premier scénario: A est inculpé de vol. Il garde le silence et le juge des faits suit la prétendue règle interdisant de tirer des conclusions défavorables et ne considère pas ce silence comme un élément de preuve probant. Bien qu'elles aient un certain poids, les autres preuves tendant à incriminer A ne convainquent pas le juge des faits que A est coupable hors de tout doute raisonnable. A est acquitté.

Deuxième scénario: A est inculpé de vol. Il garde le silence, mais le juge des faits déroge à la prétendue règle interdisant de tirer des conclusions défavorables et considère son silence comme un élément de preuve probant, mais n'en dit rien. Sur la foi de son silence et des autres preuves, A est déclaré coupable.

D'après le juge Sopinka, si A appelaient de sa déclaration de culpabilité dans le second scénario, en vertu du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la cour d'appel pourrait à bon droit tenir compte du silence de l'accusé pour décider si le verdict initial était déraisonnable ou n'était pas appuyé par la preuve. Autrement dit, les cours d'appel pourraient à juste titre approuver tacitement des erreurs de droit.

Je ne peux tout simplement pas imaginer comment un verdict rendu au terme d'un procès et constituant une erreur judiciaire grave pourrait être réparé par une cour d'appel en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) parce que nous disons que certains droits garantis par la *Charte* ne s'appliquent pas en appel. Je ne vois pas non plus comment un verdict qui serait ordinairement tenu pour déraisonnable pourrait par magie devenir raisonnable au sens du sous-al. 686(1)a)(i) simplement parce qu'il est passé d'une juridiction à la suivante. Si l'on veut que le rôle du juge des faits ait un sens, les cours d'appel doivent, en s'acquittant du rôle que leur confie la loi, c'est-à-dire examiner le caractère approprié des verdicts et réparer les erreurs commises au procès, traiter le silence de l'accusé de la même façon que le juge des faits. Je ne saurais sanctionner un système de justice pénale dans

prohibited — inviting both judges and juries to use silence as evidence, but asking them to keep it quiet.

lequel le silence de l'accusé peut être utilisé dans une plus large mesure par les juges en appel que par le juge des faits au procès. Autrement, notre Cour se trouverait effectivement à autoriser ce qui, affirme-t-elle, est interdit — inviter les juges et les jurys à utiliser le silence en tant qu'élément de preuve, tout en leur demandant de ne pas le dire.

22 Admittedly, some of the past comments of this Court are ambiguous. I refer principally to this Court's recent judgment in *Lepage, supra*, a case on which I note that I did not sit. In *Lepage*, the accused was convicted by a judge sitting alone of possession of LSD for the purposes of trafficking. On appeal, one of the issues was whether the trial judge's verdict was unreasonable or unsupported by the evidence. This Court held that the verdict was proper, concluding, in part, that the trial judge would have been entitled to infer possession from the accused's failure to offer an explanation. Sopinka J. stated at pp. 670-71:

Il faut reconnaître que certaines des observations faites par notre Cour dans le passé sont ambiguës. J'en prends pour principal exemple l'arrêt récent *Lepage*, précité, affaire, remarquerai-je, que je n'ai pas entendue. L'accusé y avait été déclaré coupable, par un juge siégeant seul, de possession de LSD en vue d'en faire le trafic. En appel, l'une des questions litigieuses était de savoir si le verdict du juge du procès était déraisonnable ou n'était pas appuyé par la preuve. Notre Cour a décidé que le verdict était bien fondé, concluant en partie que le juge du procès pouvait tirer, de l'omission de l'accusé de s'expliquer, la conclusion qu'il était en possession de la drogue. Le juge Sopinka a dit ceci, aux pp. 670 et 671:

Although I have concluded above that Pardu J. did not draw any adverse inference from the respondent's failure to offer an explanation for the presence of his fingerprints, I note that once the Crown had proved a *prima facie* case, the trial judge would be entitled to draw such an inference in any event. The following passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at pp. 347-48, is on point:

Même si j'ai conclu précédemment que le juge Pardu n'a pas tiré une conclusion défavorable de l'omission de l'intimé d'expliquer la présence de ses empreintes digitales, je précise que, du moment que le ministère public avait fait une preuve *prima facie*, le juge du procès pouvait, de toute façon, tirer pareille conclusion. Voici un passage pertinent de l'arrêt *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), tiré des pp. 347 et 348:

No adverse inference can be drawn if there is no case to answer. A weak prosecution's case cannot be strengthened by the failure of the accused to testify. But there seems to come a time, where, in the words of Irving J.A. in *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 at p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), "circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent network of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned". That point, it seems to me, can only be the point where the prosecution's evidence, standing alone, is such that it would support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt. Viewed that way, it would be better said that the absence of defence evidence, including the failure of the accused to testify, justifies the conclusion that no foundation for a reasonable doubt could be found on the evidence. It is not so much that the failure to testify justifies an inference of guilt; it is rather that it fails to provide any basis to conclude

[TRADUCTION] Aucune conclusion défavorable ne peut être tirée s'il n'y a aucune preuve à réfuter. L'omission de l'accusé de témoigner ne peut permettre de remédier à la faiblesse de la preuve de la poursuite. Or, il arrive un moment, semble-t-il, pour reprendre les termes du juge Irving dans *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221, à la p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), où «une preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatoires, oblige un homme à fournir quelque explication sous peine d'être reconnu coupable». Il en est ainsi, selon moi, seulement lorsque la preuve de la poursuite, à elle seule, est de nature à appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sous cet angle, il serait préférable de dire que l'absence de preuve à décharge, y compris l'omission de l'accusé de témoigner, justifie la conclusion qu'aucun motif de doute raisonnable ne pouvait ressortir de la preuve. Ce n'est pas tant que l'omission de témoigner

otherwise. When linked in that fashion to the strength of the Crown's case, the failure to testify is no different than the failure to call other defence evidence If the Crown's case cries out for an explanation, an accused must be prepared to accept the adverse consequences of his decision to remain silent: *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, 68 C.R. (3d) 123 (C.A.), at p. 542 C.C.C., p. 42 (*sic*) C.R. But the failure to testify cannot be used as simply one of the circumstances from which the guilt of the accused can be inferred: *R. v. Armstrong* (1989), 52 C.C.C. (2d) 190 . . . As Doherty J. pointed out in *R. v. Manchev*, an unreported judgment of the Ontario High Court, August 23, 1990, the accused's failure to testify is not an independent piece of evidence to be placed on the evidentiary scale. It is rather a feature of the trial which may assist in deciding what inferences should be drawn from the evidence adduced. [Emphasis added by Sopinka J.]

Sopinka J. seems to imply in his reasons today that we should effectively read out of this passage the initial references to "adverse inferences" and "*prima facie*" case. Instead, we should understand *Lepage* as a case in which the accused's silence merely served to confirm the trial judge's verdict. I can only say that upon a careful reading I interpret *Lepage* to mean two things: (1) given the existence of a *prima facie* case, the trial judge would have been entitled to draw an adverse inference against the accused; and (2) given the totality of the incriminating evidence, there was no need to draw such an inference in that case; the silence of the accused merely served to confirm what was obvious. In my opinion, these conclusions are not mutually exclusive.

Moreover, we can all agree that the passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), as quoted by Sopinka J. in *Lepage*, is at best unclear. As much as parts of Arbour J.A.'s reasons seem to suggest that the accused's silence

justifie une conclusion de culpabilité; c'est plutôt qu'elle prive le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. Lorsqu'elle est ainsi rattachée à la solidité de la preuve du ministère public, l'omission de témoigner ne diffère en rien de l'omission de présenter d'autres éléments de preuve à décharge [...] Lorsque la preuve du ministère public exige une explication, l'accusé doit être disposé à accepter les conséquences défavorables de sa décision de garder le silence: *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (C.A.), à la p. 542, 68 C.R. (3d) 123, à la p. 42 (*sic*). Cependant, l'omission de témoigner ne peut être invoquée simplement comme l'une des circonstances à partir desquelles on peut conclure à la culpabilité de l'accusé: *R. c. Armstrong* (1989), 52 C.C.C. (2d) 190 [...] Comme le juge Doherty l'a fait remarquer dans *R. c. Manchev*, un jugement inédit de la Haute Cour de l'Ontario, en date du 23 août 1990, l'omission de l'accusé de témoigner ne constitue pas un élément de preuve indépendant dont il faut apprécier la force probante. Il s'agit plutôt d'une caractéristique du procès qui peut aider à déterminer quelles conclusions devraient être tirées de la preuve présentée. [Souligné par le juge Sopinka.]

Le juge Sopinka semble laisser entendre dans ses motifs dans le présent pourvoi que nous devrions effectivement faire abstraction, dans le passage précité, de la mention, faite au début de celui-ci, des «conclusions défavorables» et de la preuve «*prima facie*». Et que nous devrions plutôt interpréter *Lepage* comme étant un cas où le silence de l'accusé a simplement servi à confirmer le verdict du juge du procès. Je dirais uniquement qu'après un examen attentif j'interprète larrêt *Lepage* comme signifiant deux choses: (1) vu l'existence d'une preuve *prima facie*, le juge du procès aurait été en droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé; (2) eu égard à l'ensemble de la preuve inculpatoire, il n'était pas nécessaire de tirer une telle conclusion dans cette affaire; le silence de l'accusé n'a servi qu'à confirmer ce qui était évident. À mon avis, ces conclusions ne s'excluent pas.

De plus, tout le monde s'accordera pour dire que le passage tiré de *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), que reproduit le juge Sopinka dans *Lepage*, est au mieux confus. Autant certaines parties des motifs du juge Arbour semblent

cannot be used as a "make-weight", other parts indicate otherwise. In the two paragraphs immediately following the passage quoted by Sopinka J., Arbour J.A. stated the following at pp. 348-49:

On the other hand, in the face of proven facts calling out for an explanation, the failure of the accused to testify has evidentiary significance when the accused is in a unique position to provide such an explanation. Failure to testify is not evidence of guilt. It cannot be used to relieve the Crown of its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. However, when an innocent explanation for an incriminating set of facts is not offered by the accused, or when his explanation comes solely from an out-of-court statement which has been introduced in evidence, if he does not submit himself to cross-examination, the judge or jury may properly draw from that an inference unfavourable to the accused.

In short, judges, like juries, may draw an inference from the failure of the accused to testify, but only in circumstances where the inference is justified. For one thing, if, at the end of the prosecution's case, the evidence is such that a properly instructed jury, acting reasonably, could not convict, the accused is entitled to an acquittal, on a motion to that effect, without having been called to tender a defence, let alone to testify. However, assuming that the prosecution's case is strong enough to survive a motion for a directed verdict, and that there is therefore a case for the defence to answer, it is not always appropriate to draw an inference of guilt from the accused's failure to testify. The inference is linked not only to the strength of the Crown's case, but also to the logical expectation of an innocent explanation which can either come only from the accused, or, as in the case of an alibi, would be strengthened by his oath. [Emphasis added.]

It seems to me that the apparent wavering by Arbour J.A. on the propriety of adverse inferences relates to her concern that they not be drawn in every case, but only those cases where there is a "logical expectation of an innocent explanation". Indeed in stating that "it is not always appropriate to draw an inference of guilt from the accused's failure to testify", Arbour J.A. is clearly implying that "inferences of guilt" sometimes are appropri-

indiquer que le silence de l'accusé ne peut être utilisé comme «complément de preuve», autant d'autres parties indiquent le contraire. Dans les deux paragraphes qui suivent le passage cité par le juge Sopinka, le juge Arbour a dit ce qui suit, aux pp. 348 et 349:

[TRADUCTION] En revanche, si les faits prouvés appellent une explication, le défaut de témoigner de l'accusé est important sur le plan de la preuve si ce dernier est le mieux placé pour fournir cette explication. Le défaut de témoigner ne prouve pas la culpabilité. Elle ne peut pas être invoquée pour dispenser le ministère public de la charge qu'il a d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Toutefois, quand l'accusé ne donne pas, à l'égard d'un ensemble de faits inculpatoires, d'explication tendant à l'innocenter ou quand son explication vient seulement d'un aveu extrajudiciaire présenté en preuve, qu'il ne se soumet pas à un contre-interrogatoire, le juge ou le jury peut à bon droit tirer une conclusion défavorable à l'accusé.

Bref, les juges, comme les jurys, peuvent tirer une conclusion du défaut de l'accusé de témoigner, mais seulement dans les cas où cette conclusion est justifiée. D'une part, si, une fois la preuve du ministère public close, la preuve est telle qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement ne pourrait pas déclarer l'accusé coupable, ce dernier a le droit d'être acquitté, sur présentation d'une requête en ce sens, sans avoir à présenter de défense, encore moins à témoigner. Toutefois, à supposer que la preuve du ministère public soit suffisante pour résister à une requête pour un verdict imposé, et donc qu'il y ait une preuve à laquelle la défense doit répondre, il n'est pas toujours indiqué de tirer une conclusion de culpabilité du défaut de l'accusé de témoigner. La conclusion est rattachée non seulement à la solidité de la preuve du ministère public, mais aussi à l'attente logique d'une explication tendant à innocenter qui ne peut être fournie que par l'accusé, ou qui, par exemple en matière d'alibi, serait renforcée par le fait qu'elle serait donnée sous serment par celui-ci. [Je souligne.]

Il me semble que l'oscillation évidente du juge Arbour quant à l'opportunité de tirer des conclusions défavorables procède de son souci que de telles conclusions ne soient pas tirées dans tous les cas, mais seulement dans ceux où il y a une [TRADUCTION] «attente logique d'une explication tendant à innocenter». En effet, en affirmant qu'*«il n'est pas toujours indiqué de tirer une conclusion de culpabilité du défaut de l'accusé de témoigner»*,

ate. As I have said before, this occurs where the accused is “enveloped . . . in a strong and cogent network of inculpatory facts”.

The Right of Non-Compellability and the Presumption of Innocence

The act of drawing adverse inferences from the silence of an accused is not contrary to the accused’s right of non-compellability or the presumption of innocence. This point becomes clear upon a proper understanding of the case to meet.

If the Crown establishes a case to meet, such that its case cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, it has put forth, by definition, sufficient evidence upon which a jury, properly instructed, could reasonably convict. Put differently, when the Crown provides a case to meet, all of the evidence to sustain a conviction has been put forth by the Crown in keeping with its burden of proof. As Professor R. J. Delisle has argued:

Some object that permitting an inference of guilt modifies the burden of proof. But query whether this is so. The prosecution has the burden of proving the accused’s guilt beyond a reasonable doubt and the Crown will not have discharged that burden, if at all, until the end of the case after all the evidence has been heard. The defendant’s silence may be treated as a piece of evidence in assisting the discharge of the Crown’s burden, it may constitute part of the totality of the evidence, but that does not mean the burden of proof has been shifted.

(“Silence at Trial: Inferences and Comments” (1997), 1 C.R. (5th) 313, at pp. 318-19.)

If a conviction is subsequently entered, regardless of the use of the accused’s silence, the trier of fact has concluded that the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt, and nothing else. As

le juge Arbour laisse clairement entendre que parfois des «conclusions de culpabilité» sont indiquées. Comme je l’ai dit précédemment, c’est le cas lorsque l’accusé est confronté à [TRADUCTION] «un ensemble solide et convaincant de faits inculpatoires».

Le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et la présomption d’innocence

Le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l’accusé ne va pas à l’encontre du droit de l’accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même ni de la présomption d’innocence. Ce point ressort clairement d’une bonne interprétation du principe de la preuve complète.

Si le ministère public présente une preuve complète, une preuve telle qu’elle n’est pas vulnérable à une requête sollicitant un verdict imposé d’acquittement, il a alors produit, par définition, une preuve suffisante pour qu’un jury ayant reçu des directives appropriées puisse raisonnablement déclarer l’accusé coupable. Autrement dit, lorsque le ministère public présente une preuve complète, il s’est conformé au fardeau de la preuve qui lui incombe, et tous les éléments de preuve permettant de justifier une déclaration de culpabilité ont alors été produits. Pour reprendre l’argumentation du professeur R. J. Delisle:

[TRADUCTION] Certains protestent que permettre une conclusion de culpabilité modifie le fardeau de la preuve. Voyons cependant si c’est bien le cas. L’accusation a le fardeau de prouver la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable et elle ne se sera acquittée de ce fardeau, si tant est qu’elle y soit parvenue, qu’à l’issue du procès, quand toute la preuve aura été présentée. Le silence de l’accusé peut être considéré comme un élément de preuve permettant à l’accusation de s’acquitter de son fardeau. Il peut faire partie de la totalité de la preuve, mais cela ne signifie pas qu’il y a eu déplacement du fardeau de la preuve.

(«Silence at Trial: Inferences and Comments» (1977), 1 C.R. (5th) 313, aux pp. 318 et 319.)

Si une déclaration de culpabilité est par la suite inscrite, indépendamment de l’utilisation qui a été faite du silence de l’accusé, le juge des faits a conclu que le ministère public avait fait la preuve hors

Professor D. M. Paciocco observes in *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 495:

As indicated earlier, it seems clear that this principle of a case to meet relates to the Crown's obligation to present a *prima facie* case so as to avoid being non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal. It does not refer to the Crown's ultimate burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. If this is so, once the Crown meets its case, the accused can quite legitimately be expected to respond, whether by testifying or otherwise, and his failure to do so can be used as the basis for logical inferences without violating the principle.

de tout doute raisonnable, et rien de plus. Comme le fait observer le professeur D. M. Paciocco dans *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 495:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons vu, il semble clair que le principe de l'obligation de présenter une preuve complète s'entend de l'obligation faite au ministère public de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête sollicitant un verdict imposé d'acquittement. Elle ne s'entend pas de la charge ultime du ministère public d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans ce cas, une fois que le ministère public a présenté une preuve complète, on peut tout à fait légitimement s'attendre à ce que l'accusé réponde, soit en témoignant, soit par toute autre preuve, et son omission de répondre peut permettre de tirer des conclusions logiques sans que le principe soit violé.

27 Those who are unconvinced by this perspective urge the Court to read the right to silence and the presumption of innocence together. They contend that any use of silence which takes a case to meet to the level of a case beyond a reasonable doubt is using the accused's *Charter* right to silence to meet the Crown's burden. The flaw in this argument is twofold. First, it ignores the reality that when an accused adduces no evidence in his or her own defence, a case to meet and a case beyond a reasonable doubt are simply separate standards, applied at different stages in a trial, to the very same case put forth by the Crown. In other words, they are different ways of looking at the same evidence presented by the Crown in keeping with its burden of proof. Second, and more importantly, it is not so much a matter of comparing a case to meet to a case beyond a reasonable doubt. As I have said repeatedly, these adverse inferences are not appropriate in every case which passes the case to meet threshold. It is only where a case to meet has been put forth and the accused is enveloped in a "cogent network of inculpatory facts" that triers of fact may draw inferences from an accused's silence.

Ceux qui ne sont pas convaincus par ce point de vue exhortent notre Cour à lire en corrélation le droit de garder le silence et la présomption d'innocence. Pour eux, se servir du silence de l'accusé pour faire d'une preuve complète une preuve hors de tout doute raisonnable, c'est utiliser le droit au silence garanti à l'accusé par la *Charte* pour permettre au ministère public de s'acquitter de son fardeau. Cet argument est défectueux à deux égards. Premier point, il ne tient pas compte du fait que, lorsque l'accusé ne produit pas de preuve pour sa défense, la norme de la preuve complète et celle de la preuve hors de tout doute raisonnable sont simplement des normes différentes, appliquées à des étapes distinctes du procès, pour apprécier la preuve présentée par le ministère public. En d'autres mots, elles sont des façons différentes d'examiner les mêmes éléments de preuve présentés par le ministère public conformément au fardeau qui lui incombe à cet égard. Deuxième point, plus important encore, la question n'est pas tant de comparer la preuve complète à la preuve hors de tout doute raisonnable. Comme je l'ai maintes fois répété, de telles conclusions défavorables ne sont pas indiquées dans tous les cas où la norme préliminaire de la preuve complète est respectée. Ce n'est que dans ceux où une preuve complète a été présentée et où l'accusé est confronté à un [TRADUCTION] «ensemble [...] convaincant de faits inculpatoires» que le juge des faits peut tirer des conclusions du silence de l'accusé.

This does not mean that the Crown is entitled to use the silence of the accused to establish its case to meet. In *Dubois, supra*, the Crown sought to have the accused's murder confession from his first trial read into evidence at his second trial, where he decided to remain silent. In the reasons of the majority, I discussed at length the meaning of the right of non-compellability and the presumption of innocence in the context of a case to meet at pp. 357-58:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond

The Crown's "burden of establishing guilt" and the "right of silence", i.e., the concept of a "case to meet", which are essential elements of the presumption of innocence, also underlie the non-compellability right. For, as Professor Ratushny has written,

In many ways, it is the principle of a 'case to meet' which is the real underlying protection which the 'non-compellability' rule seeks to promote. The important protection is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond, whether by testifying himself, or by calling other evidence. However, even where a 'case to meet' has been presented, the burden of proof remains upon the Crown to the end.

("The Role of the Accused in the Criminal Process", in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), at pp. 358-59.)

The accused need only respond once. The Crown must present its evidence at an open trial. The accused is entitled to test and to attack it. If it does not reach a certain standard, the accused is entitled to an acquittal. If it does reach that standard, then and only then is the accused required to respond or to stand convicted.

Cela ne veut pas dire que le ministère public a le droit d'utiliser le silence de l'accusé pour établir sa preuve complète contre ce dernier. Dans *Dubois*, précité, le ministère public avait cherché à verser en preuve, au second procès de l'accusé, au cours duquel celui-ci avait choisi de garder le silence, le témoignage qu'il avait rendu au premier procès, où il avait confessé avoir commis le meurtre. Dans les motifs rédigés au nom de la majorité, j'ai examiné en profondeur la signification du droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et de la présomption d'innocence dans le contexte de l'obligation de présenter une preuve complète, aux pp. 357 et 358:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre

Le fardeau qui incombe à la poursuite «d'établir la culpabilité», et le «droit au silence», c.-à-d. l'obligation de présenter une «preuve complète» qui constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner. Ainsi comme l'a écrit le professeur Ratushny:

À plusieurs égards, l'obligation pour la Couronne de présenter une «preuve complète» constitue au fond, la véritable protection que veut atteindre la règle interdisant de contraindre l'accusé à témoigner. Ce n'est pas le fait que l'accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de sa part, soit qu'il témoigne lui-même, qu'il fasse entendre d'autres témoins ou qu'il présente toute autre preuve. Même lorsque la Couronne a présenté une «preuve complète» elle conserve jusqu'à la fin le fardeau de la preuve.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 448.)

[TRADUCTION] L'accusé n'est tenu de répondre à l'accusation qu'une seule fois. La Couronne doit présenter sa preuve à un procès public. L'accusé a le droit d'éprouver cette preuve et de la contester. Si cette preuve ne satisfait pas à certains critères, l'accusé a le droit d'être acquitté. Ce n'est que si la preuve satisfait à certains critères que l'accusé sera tenu d'y répondre ou de courir le risque d'une déclaration de culpabilité.

(Self-incrimination in the Canadian Criminal Process (1979), at p. 180.)

As such, the concept of the “case to meet” is common to ss. 11(c), (d) and 13. In the context of ss. 11(c) and 13, it means specifically that the accused enjoys “the initial benefit of a right of silence” (*R. v. Appleby, supra*) and its corollary, protection against self-incrimination.

29 Nine years later, I similarly evaluated the notion of a case to meet in *P. (M.B.), supra*. In *P. (M.B.)* the accused was charged with indecent assault and with having sexual intercourse with his niece when she was under the age of 14. The primary issue on appeal was whether the trial judge erred by allowing the Crown to reopen its case after defence counsel indicated its intention to present an alibi defence and the Crown thereby realized that it had gotten the relevant dates of the assaults wrong. In discussing prejudice and the harms to be avoided by prohibiting the Crown to reopen its case, I highlighted the notions of the “case to meet” and the adverse inferences that can be drawn against an accused who chooses not to respond to a case against him. I wrote at p. 579:

(Self-incrimination in the Canadian Criminal Process (1979), à la p. 180.)

Comme tel, le principe de l’obligation de présenter une «preuve complète» est commun aux al. 11c), d) et à l’art. 13. Dans le contexte de l’al. 11c) et de l’art. 13, il signifie précisément que l’accusé jouit de «l’avantage initial du droit au silence» (*R. c. Appleby*, précité) et de son corollaire, la protection contre l’auto-incrimination.

Neuf ans plus tard, j’ai examiné de la même façon le principe de l’obligation de présenter une preuve complète dans *P. (M.B.),* précité. Dans cette affaire, l’accusé avait été inculpé d’avoir attenté à la pudeur de sa nièce et d’avoir eu des rapports sexuels avec celle-ci alors qu’elle était âgée de moins de 14 ans. La principale question litigieuse en appel était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve après que l’avocat de la défense eût indiqué son intention de présenter une défense d’alibi et que le ministère public se fût ainsi rendu compte que les dates pertinentes des agressions sexuelles étaient erronées. Au sujet du préjudice que vise à éviter l’interdiction faite au ministère public de rouvrir sa preuve, j’ai souligné les principes de l’obligation de présenter une «preuve complète» et du droit de tirer des conclusions défavorables à un accusé qui choisit de ne pas répondre à la preuve présentée contre lui. Voici ce que j’ai écrit, à la p. 579:

Au procès, les accusés continuent d’être protégés par le droit au silence. Plus précisément, ils ne peuvent être contraints de témoigner et ils ont droit à ce que leurs témoignages ne soient pas utilisés contre eux dans des procédures à venir. Ces protections contre la contrainte de l’accusé à témoigner ont été constitutionnalisées à l’al. 11c) (droit de l’accusé de ne pas être contraint de témoigner) et à l’art. 13 (droit du témoin à ce que son témoignage dans des procédures ne soit pas utilisé pour l’incriminer dans des procédures subséquentes) de la Charte. Comme notre Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Dubois*, précité, à la p. 357, lorsqu’ils sont conjugués à l’al. 11d) (présomption d’innocence), l’al. 11c) et l’art. 13 de la Charte protègent le précepte fondamental de justice selon lequel le ministère public doit avoir présenté une «preuve complète» pour qu’on puisse s’attendre à une réaction de la part de l’accusé.

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l’auto-incrimination reconnaissent

At trial, accused persons continue to be protected by a right to silence. Specifically, they cannot be compelled to testify, and they have a right not to have their testimony used against them in future proceedings. These protections against testimonial compulsion of the accused have been constitutionalized in s. 11(c) (right of the accused not to be compelled to testify) and s. 13 (right of witness not to have his or her testimony from one proceeding used to incriminate him or her in a subsequent proceeding) of the *Charter*. As this Court observed in *Dubois, supra*, at p. 357, when combined with s. 11(d) (presumption of innocence), ss. 11(c) and 13 of the *Charter* protect the basic tenet of justice that the Crown must establish a “case to meet” before there can be any expectation that the accused should respond.

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize

that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task. Once, however, the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences: *Dubois, supra*, at pp. 357-58; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 495. In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. [Emphasis in original.]

In this respect, the act of drawing adverse inferences is conceptually similar to evidentiary reverse onus provisions in the *Criminal Code*. The *Criminal Code* is replete with provisions which, for the sake of doing justice, reverse the evidentiary burden of proof upon the accused where the Crown has proved minimal elements of an offence and the accused, because of his singular position, has knowledge which is peculiar to him-or herself. For example, s. 348 provides:

348. . .

(2) For the purposes of proceedings under this section, evidence that an accused

(a) broke and entered a place or attempted to break and enter a place is, in the absence of evidence to the contrary, proof that he broke and entered the place or attempted to do so, as the case may be, with intent to commit an indictable offence therein. . . . [Emphasis added.]

Similar reversals of the evidentiary burden of proof exist in cases of: (a) possession of stolen property; (b) care and control of a vehicle while intoxicated; (c) possession of a vehicle with its Vehicle Identification Number removed; (d) fighting or baiting of animals; (e) cattle theft; (f) common betting/gaming house; (g) fraud by holder of fire insurance; (h) living on the avails of prostitu-

qu'il incombe à l'État, qui dispose de plus de ressources, d'enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d'aider l'État à remplir cette tâche. Toutefois, quand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquittement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires: *Dubois*, précité, aux pp. 357 et 358; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 495. En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. [Souligné dans l'original.]

À cet égard, le fait de tirer des conclusions défavorables se rapproche, sur le plan conceptuel, des dispositions du *Code criminel* établissant une inversion du fardeau de la preuve. De nombreuses dispositions déplacent ainsi le fardeau de la preuve vers l'accusé, dans l'intérêt de la justice, lorsque le ministère public a prouvé les éléments minimaux d'une infraction et que l'accusé, en raison de sa situation particulière, est seul en mesure de connaître certains faits. Par exemple, l'art. 348 prévoit ce qui suit:

348. . .

(2) Aux fins de poursuites engagées en vertu du présent article, la preuve qu'un accusé:

a) s'est introduit dans un endroit par effraction ou a tenté de le faire constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve qu'il s'y est introduit par effraction ou a tenté de le faire, selon le cas, avec l'intention d'y commettre un acte criminel . . . [Je souligne.]

Le fardeau de la preuve est aussi déplacé dans les cas suivants: a) possession de biens volés; b) garde et contrôle d'un véhicule à moteur lorsque la capacité de conduire est affaiblie; c) possession d'un véhicule dont le numéro d'identification a été oblitéré; d) combat ou harcèlement d'animaux; e) vol de bétail; f) maison de jeu ou de pari; g) fraude par un détenteur d'une police d'assurance-incendie;

tion, etc. In such cases Parliament has seen fit to require the accused to furnish some evidence to explain what would otherwise be unexplainable. In my opinion, drawing adverse inferences from the silence of the accused is akin to a general proclamation from Parliament, for all offences, that where the accused is trapped by a host of inculpatory evidence to which only he or she can answer, the accused should offer an explanation or face the risk that there may be negative consequences from his or her silence.

h) vivre des produits de la prostitution; etc. En pareils cas, le législateur a jugé bon d'exiger que l'accusé fournisse des preuves expliquant ce qui, autrement, serait inexplicable. À mon avis, permettre que soient tirées des conclusions défavorables du silence de l'accusé équivaut à une proclamation générale du législateur que, pour toutes les infractions, quand l'accusé est confronté à un faisceau de preuves inculpatoires auxquelles lui seul est à même de répondre, il doit donner une explication ou courir le risque de subir des conséquences négatives de son silence.

³¹ In this respect, it is important to note that while few of these reverse onus provisions have been challenged as violations of an accused's rights, those *Criminal Code* sections that have been contested have either been held not to violate the right to silence or the presumption of innocence or at the very least have been upheld as reasonable limits to an accused's *Charter* rights under s. 1. See e.g. *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10.

Sous ce rapport, il importe de souligner que, même si peu de ces dispositions établissant une inversion du fardeau de la preuve ont été contestées pour le motif qu'elles violaient les droits de l'accusé, pour ce qui est des articles du *Code criminel* qui l'ont été, il a été jugé qu'ils ne violaient pas le droit de garder le silence ou la présomption d'innocence, ou à tout le moins qu'ils étaient valides en tant que limites raisonnables, au sens de l'article premier, des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10.

³² In *Appleby, supra*, the accused was charged with having the care and control of a motor vehicle while impaired contrary to what was then s. 222 of the *Criminal Code*. The accused sought to rebut the statutory presumption in s. 222 of care and control by arguing that he had entered the front seat of his cab to radio for help rather than to operate the vehicle. In a concurring judgment upholding the accused's conviction, Laskin J. (as he then was) discussed the meaning of the presumption of innocence and the right to silence under Canadian criminal law. He stated, at pp. 317-18:

Dans *Appleby*, précité, l'accusé avait été inculpé d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule lorsque sa capacité de conduire était affaiblie, infraction qui était alors prévue à l'art. 222 du *Code criminel*. L'accusé a cherché à repousser la présomption de garde et de contrôle établie par cet article en soutenant qu'il avait pris place sur le siège du conducteur, dans son taxi, non pas pour conduire le véhicule mais plutôt pour demander de l'aide par radio. Dans une opinion concordante, confirmant la déclaration de culpabilité de l'accusé, le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a analysé le sens, en droit pénal canadien, de la présomption d'innocence et du droit de garder le silence. Il a déclaré ceci, aux pp. 317 et 318:

The "right to be presumed innocent", of which s. 2(f) [of the *Canadian Bill of Rights*] speaks, is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element

Le «droit à la présomption d'innocence» dont parle l'art. 2(f) [de la *Déclaration canadienne des droits*] signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable

of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.*

What I have termed the initial benefit of a right of silence may be lost when evidence is adduced by the Crown which calls for a reply. This does not mean that the reply must necessarily be by the accused himself. However, if he alone can make it, he is competent to do so as a witness in his own behalf; and I see nothing in this that destroys the presumption of innocence. It would be strange, indeed, if the presumption of innocence was viewed as entitling an accused to refuse to make any answer to the evidence against him without accepting the consequences in a possible finding of guilt against him.

The same "care and control" provision of the *Criminal Code* was challenged under the *Charter* in *Whyte, supra*. In *Whyte*, the accused was found in an impaired state in the driver's seat of his car with his body slumped over the steering wheel. The key was in the ignition, but the engine was not running. This Court held that its previous characterization of the legal effect of the "care and control" reverse onus provision in *Appleby* was still relevant under the *Charter* but not conclusive of whether the section amounted to an infringement. Indeed the Court held that the provision did violate the accused's s. 11(d) rights, but that it was a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

That is not to say that the act of drawing adverse inferences is contrary to the presumption of innocence. It is crucial to recognize that the *Criminal Code*'s reverse onus provisions are triggered upon proof of some elements of an offence and not a full case to meet. Put differently, the statutory reversal of the evidentiary burden of proof presumes key elements of an offence — the act of drawing adverse inferences does not. In fact, in the one case where a reverse onus provision (in the *Narcotic Control Act*) was held to be constitutionally infirm,

relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.*

Ce que j'ai appelé l'avantage initial du droit au silence peut être perdu lorsque la preuve du ministère public exige une réponse. Cela ne signifie pas que la réponse doit nécessairement venir du prévenu lui-même. Cependant, s'il est le seul à pouvoir répondre, il est habile à le faire en qualité de témoin pour son propre compte et je ne vois là rien qui détruisse la présomption d'innocence. Il serait étrange, en effet, de considérer la présomption d'innocence comme donnant au prévenu le droit de refuser de répondre à la preuve présentée contre lui sans accepter les conséquences résultant d'une déclaration de culpabilité éventuelle prononcée contre lui.

La même disposition du *Code criminel* concernant «la garde et le contrôle» a été contestée en vertu de la *Charte* dans *Whyte*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait été trouvé en état d'ébriété, assis à la place du conducteur, le corps affaissé sur le volant. La clef était dans le contact, mais le moteur ne tournait pas. Notre Cour a décidé que la façon dont elle avait qualifié, dans *Appleby*, l'effet juridique de la disposition établissant une inversion du fardeau de la preuve en matière de «garde et de contrôle» continuait d'être pertinente pour l'application de la *Charte*, mais non déterminante quant à la question de savoir si cette disposition constituait une atteinte. De fait, notre Cour a conclu que la disposition portait effectivement atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11d), mais qu'elle était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.³³

Cela ne veut pas dire que le fait de tirer des conclusions défavorables est contraire à la présomption d'innocence. Il est crucial de reconnaître que les dispositions du *Code criminel* établissant une inversion du fardeau de la preuve entrent en jeu dès que certains éléments d'une infraction ont été établis, et non pas lorsqu'une preuve complète a été faite. Autrement dit, l'inversion légale du fardeau de la preuve présume l'existence de certains éléments clés d'une infraction — le fait de tirer des conclusions défavorables ne donne pas lieu à une

it was where the provision did not simply presume a key element of an offence, but where it presumed the offence itself. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. That said, cases such as *Whyte* remain important to this analysis because even if it were held that the act of drawing adverse inferences is a limitation on an accused's s. 11(d) rights, I have no doubt that it is a reasonable one.

telle présomption. En fait, dans le seul cas où une disposition établissant une inversion du fardeau de la preuve (disposition de la *Loi sur les stupéfiant*s) a été jugée inconstitutionnelle, la disposition en question ne présumait pas simplement l'existence d'un élément clé de l'infraction, mais elle présumait l'existence de l'infraction elle-même. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cela dit, des arrêts comme *Whyte* restent importants pour la présente analyse, parce que même s'il était décidé que le fait de tirer des conclusions défavorables est une restriction des droits garantis à l'accusé par l'al. 11d), je n'ai aucun doute qu'il s'agit d'une restriction raisonnable.

³⁵ To summarize, I find nothing infirm in appropriate circumstances in drawing inferences from the silence of the accused. The accused's *Charter* protection lies, as it always has, in the case to meet. Silence cannot be used as part of the case to meet. But once the Crown has made out its case such that a conviction would be reasonable and there is a logical expectation that the accused adduce evidence in response, all judicial decision-makers may draw inferences of guilt based on the silence of the accused.

En résumé, j'estime que, dans les circonstances qui s'y prêtent, le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé n'a rien d'invalidé. La protection dont jouit l'accusé en vertu de la *Charte* découle, comme c'est le cas depuis toujours, de l'obligation faite au ministère public de présenter une preuve complète. Le silence de l'accusé ne peut être utilisé en tant qu'élément de la preuve complète. Cependant, une fois que le ministère public a présenté une preuve suffisante pour qu'il soit raisonnable de rendre un verdict de culpabilité et qu'il est logique de s'attendre à ce que l'accusé produise une preuve pour y répondre, tout décideur judiciaire peut tirer des conclusions de culpabilité fondées sur le silence de l'accusé.

Section 4(6) of the *Canada Evidence Act*

³⁶ This approach to adverse inferences is more consistent with the letter and spirit of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, than the approach endorsed by Sopinka J. Section 4(6) currently provides:

4....

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

This rule against commenting on the accused's failure to testify was originally created to ensure

Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*

Cette approche concernant les conclusions défavorables est davantage conforme à la lettre et à l'esprit du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, que l'approche défendue par le juge Sopinka. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

4....

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Cette interdiction visait à l'origine à faire en sorte que ni le tribunal ni le poursuivant ne puissent atti-

that neither the court nor the prosecution would draw unfair attention to the silence of the accused. It was not, however, intended to preclude triers of fact from drawing natural and reasonable inferences from his silence. Under s. 4(6), this Court has said on a number of occasions that a jury is "free to draw" and "frequently does draw" adverse inferences from the failure of the accused to explain. See *Marcoux, Corbett, Steinberg and Vézeau, supra*. If adverse inferences themselves were impermissible, s. 4(6) would not merely prohibit "comment", it would prohibit the drawing of adverse inferences altogether.

In this respect, it is important to stress that s. 4(6) is a product of the case to meet. A trial judge does not get to the point where he or she would be prompted to comment on the silence of the accused until well after a case to meet has been made out, at the time of charging the jury. In fact, until the Crown has surmounted the hurdle of the case to meet, there is no telling how an accused will choose to respond in his or her defence. But once the trial judge has concluded that there is sufficient evidence such that a guilty verdict would be reasonable, s. 4(6) is invoked. At this point, s. 4(6) suggests that we do not want juries to be overwhelmed by the silence of the accused, but we also do not want juries to close their minds to the probative value of the failure to explain. The end result is that s. 4(6) permits what comes naturally.

By contrast, I question how Sopinka J.'s position can be reconciled with s. 4(6). Even though s. 4(6) does not prohibit adverse inferences, the intractable rule that emerges from the reasons of Sopinka J. is that no trier of fact can use the accused's silence as inculpatory evidence adding to the weight of the Crown's case. The reason for this rule, he suggests, lies in an accused's fundamental right of non-compellability and the presumption of innocence. However, if this Court is prepared to conclude that the fundamental *Charter* rights to silence and the presumption of innocence prohibit triers of fact from using the accused's

37
rer injustement l'attention sur le silence de l'accusé. Elle ne visait cependant pas à empêcher le juge des faits de tirer des conclusions naturelles et raisonnables de ce silence. Notre Cour a dit à plusieurs occasions, en ce qui concerne le par. 4(6), que les jurys sont «libres de tirer» des conclusions défavorables du défaut de l'accusé de fournir des explications, et qu'ils le «font fréquemment». Voir les arrêts *Marcoux, Corbett, Steinberg et Vézeau*, précités. Si les conclusions défavorables elles-mêmes étaient exclues, le par. 4(6) n'interdirait pas simplement les «commentaires», mais bien toute conclusion défavorable.

Sur ce point, il importe de souligner que le par. 4(6) découle du principe de l'obligation de présenter une preuve complète. Le moment où le juge du procès peut se sentir obligé de commenter le silence de l'accusé ne survient que bien après qu'une preuve complète a été présentée, c'est-à-dire au moment de l'exposé au jury. De fait, tant que le ministère public n'a pas surmonté l'obstacle de la preuve complète, il est impossible de dire de quelle façon l'accusé répondra en défense. Cependant, une fois que le juge du procès a conclu que la preuve est suffisante pour qu'il soit raisonnable de rendre un verdict de culpabilité, le par. 4(6) entre alors en jeu. À ce stade, le par. 4(6) semble indiquer qu'on ne veut pas que les jurés soient subjugués par le silence de l'accusé, mais on ne veut pas non plus que leur esprit soit fermé à la valeur probante du défaut de fournir des explications. Le résultat est que le par. 4(6) permet ce qui vient naturellement.

38
Par contraste, je me demande comment la position du juge Sopinka peut être conciliée avec le par. 4(6). Quoique ce paragraphe n'interdise pas de tirer des conclusions défavorables, suivant la règle intransigeante qui se dégage des motifs du juge Sopinka, aucun juge des faits ne peut utiliser le silence de l'accusé comme élément de preuve inculpatoire ajoutant au poids de la preuve du ministère public. La raison d'être de cette règle, suggère le juge Sopinka, découlerait du droit fondamental de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et de la présomption d'innocence. Or, si notre Cour est disposée à

silence as evidence, one would have thought that trial judges would be empowered, if not required, to say so. Similarly, if there are subtle, permissible uses to be made of an accused's silence, trial judges must be able to explain them. Otherwise, the trial judge would, as a result of s. 4(6), be precluded from instructing the jury on what Sopinka J. has characterized as one of the most important rules of law of fundamental importance where an accused has chosen not to testify. Given that this Court is regularly called upon to quash convictions for inadequate jury charges in situations where trial judges have made what Sopinka J. would consider much less vital non-*Charter* errors, I cannot reconcile Sopinka J.'s position with s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. Indeed his reasons indirectly challenge the constitutionality of s. 4(6), which has not been contested at this Court, but which was upheld by Cory J.A. (as he then was) at the Ontario Court of Appeal in *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523.

conclure que les droits fondamentaux au silence et à la présomption d'innocence, consacrés par la *Charte*, interdisent au juge des faits d'utiliser le silence de l'accusé comme élément de preuve, on pourrait croire que le juge du procès aurait le pouvoir, voire l'obligation, de le dire. De même, si des utilisations subtiles du silence de l'accusé sont permises, le juge du procès doit être habilité à les expliquer. Sans quoi, il serait empêché, à cause du par. 4(6), de donner des directives au jury sur ce que le juge Sopinka a qualifié de l'une des règles de droit les plus fondamentales qui s'applique lorsque l'accusé a choisi de ne pas témoigner. Étant donné que notre Cour est régulièrement appelée à annuler des déclarations de culpabilité pour le motif que l'exposé au jury était inadéquat, dans des cas où le juge du procès a commis ce que le juge Sopinka considérerait comme des erreurs moins fondamentales et ne constituant pas des violations de la *Charte*, je ne peux pas concilier la position du juge Sopinka avec le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. De fait, ses motifs soulèvent indirectement la question de la constitutionnalité du par. 4(6), laquelle n'a pas été contestée devant notre Cour, mais que le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) a confirmée en Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523.

Adverse Inferences in Other Jurisdictions

³⁹ Other Commonwealth jurisdictions have not only endorsed the act of drawing adverse inferences from the silence of the accused, they affirm that such inferences do not alter the traditional notions of the burden of proof and the right to silence.

La jurisprudence étrangère en matière de conclusions défavorables

Dans d'autres pays du Commonwealth, les tribunaux ont non seulement approuvé le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé, mais ils ont de plus affirmé que de telles conclusions ne modifiaient pas les principes traditionnels relatifs au fardeau de la preuve et au droit de garder le silence.

⁴⁰ For example, in a prosecution for attempted murder and possession of a firearm, the House of Lords (Northern Ireland) in 1992 held that, where there was no innocent explanation offered by the accused in circumstances that called out for one, the trial judge was entitled to infer that the accused was guilty. See *Murray v. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R. 151. In discussing

Par exemple, dans une affaire de meurtre et de possession d'arme à feu, la Chambre des lords (Irlande du Nord) a statué, en 1992, que si l'accusé ne donnait aucune explication tendant à l'innocenter, dans des circonstances appelant de telles explications, le juge du procès était en droit de conclure que l'accusé était coupable. Voir *Murray c. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R.

the presumption of innocence, Lord Mustill said the following at p. 155:

This is not of course because a silent defendant is presumed to be guilty, or because silence converts a case which is too weak to call for an answer into one which justifies a conviction. Rather, the fact-finder is entitled as a matter of common sense to draw his own conclusions if a defendant who is faced with evidence which does call for an answer fails to come forward and provide it.

It is however equally a matter of common sense that even where the prosecution has established a *prima facie* case in the sense indicated above it is not in every situation that an adverse inference can be drawn from silence . . . Everything depends on the nature of the issue, the weight of the evidence adduced by the prosecution upon it . . . and the extent to which the defendant should in the nature of things be able to give his own account of the particular matter in question. It is impossible to generalise, for dependent upon circumstances the failure of the defendant to give evidence may found no inference at all, or one which is for all practical purposes fatal.

An important feature of the House of Lords' reasons is the observation, similar to my own, that the propriety of an adverse inference depends upon the nature of the case and the extent to which the defendant should "be able to give his own account".

In *R. v. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818, the Court of Appeal similarly confirmed that adverse inferences do not alter traditional notions of the burden of proof and the right to silence. In *Cowan*, the accused was charged with causing grievous bodily harm and unlawful wounding. In the face of strong but conflicting evidence, the accused chose not to testify. At p. 822, Lord Taylor C.J. stated:

It is further argued that the section alters the burden of proof or "waters it down" to use Mr. Mansfield's phrase. The requirement that the defendant give evidence on pain of an adverse inference being drawn is

151. Au sujet de la présomption d'innocence, lord Mustill a dit ce qui suit, à la p. 155:

[TRADUCTION] Ce n'est évidemment pas parce que l'accusé qui garde le silence est présumé coupable, ou parce que le silence transforme une preuve trop ténue pour exiger une réponse en preuve justifiant une déclaration de culpabilité. C'est plutôt qu'il est logique que le juge des faits ait le droit de tirer ses propres conclusions si un accusé confronté à une preuve qui appelle effectivement une réponse n'en donne pas.

Cependant, il est tout aussi logique de penser que, même lorsque la poursuite a présenté une preuve *prima facie* dans le sens indiqué précédemment, ce n'est pas dans tous les cas qu'une conclusion défavorable peut être tirée du silence [...] Tout dépend de la nature de la question, du poids de la preuve produite par la poursuite à cet égard [...] et de la mesure dans laquelle l'accusé devrait, dans l'ordre des choses, pouvoir donner sa propre version des faits en question. Il est impossible de généraliser, car, selon les circonstances, le défaut de l'accusé de témoigner peut soit ne fonder aucune conclusion, soit fonder une conclusion qui est, à toutes fins pratiques, fatale.

Un aspect important des motifs de la Chambre des lords est l'observation, analogue à celle que j'ai faite, que le caractère approprié d'une conclusion défavorable dépend de la nature du cas et de la mesure dans laquelle l'accusé doit [TRADUCTION] «pouvoir donner sa propre version».

Dans *R. c. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818, la Cour d'appel a elle aussi confirmé que les conclusions défavorables ne modifiaient pas les principes traditionnels relatifs au fardeau de la preuve et au droit de garder le silence. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé d'avoir causé des lésions corporelles graves et d'avoir illégalement infligé des blessures. Confronté à des éléments de preuve convaincants mais contradictoires, l'accusé a choisi de ne pas témoigner. À la p. 822, le lord juge en chef Taylor a dit ceci:

[TRADUCTION] On soutient en outre que l'article modifie le fardeau de la preuve ou «le dilue», pour reprendre l'expression de M^e Mansfield. On affirme que le fait d'exiger de l'accusé qu'il témoigne, sous peine

said to put a burden on him to testify if he wishes to avoid conviction.

In our view that argument is misconceived. First, the prosecution have to establish a *prima facie* case before any question of the defendant testifying is raised. Secondly, section 38(3) of the Act of 1994 is in the following terms: "A person shall not . . . be convicted of an offence solely on an inference drawn from such a failure or refusal as is mentioned in . . . section 35(3) . . ." Thus the court or jury is prohibited from convicting solely because of an inference drawn from the defendant's silence. Thirdly, the burden of proving guilt to the required standard remains on the prosecution throughout. The effect of section 35 is that the court or jury may regard the inference from failure to testify as, in effect, a further evidential factor in support of the prosecution case. It cannot be the only factor to justify a conviction and the totality of the evidence must prove guilt beyond reasonable doubt.

qu'à défaut on en tire une conclusion défavorable, a pour effet de lui imposer le fardeau de témoigner s'il veut éviter d'être déclaré coupable.

À notre avis, cet argument est erroné. Premièrement, la poursuite doit présenter une preuve *prima facie* avant que la question du témoignage de l'accusé ne se pose. Deuxièmement, le par. 38(3) de la Loi de 1994 est ainsi rédigé: «Nul ne peut [...] être déclaré coupable d'une infraction uniquement sur la foi d'une conclusion tirée du défaut ou refus mentionné au [...] paragraphe 35(3) [...]» Ainsi, il est interdit à la cour ou au jury de déclarer l'accusé coupable uniquement sur la foi d'une conclusion tirée de son silence. Troisièmement, le fardeau de prouver la culpabilité selon la norme applicable incombe à la poursuite du début à la fin. L'article 35 a pour effet de permettre à la cour ou au jury de considérer la conclusion tirée du défaut de témoigner comme, en réalité, un élément de preuve supplémentaire au soutien de la preuve de la poursuite. Ce ne peut être le seul facteur justifiant la déclaration de culpabilité, et la totalité de la preuve doit établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

⁴² I recognize that both *Murray* and *Cowan* were based upon legislative provisions which now expressly permit the use of adverse inferences under certain circumstances in the United Kingdom. See Article 4 of the *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), and s. 35 of the *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33. Nevertheless, these cases discuss the rationale for making use of the silence of the accused and both cases serve to highlight the conventional legal wisdom that adverse inferences, when drawn in appropriate circumstances, in no way undermine the right to silence or the presumption of innocence. Moreover, these new provisions are not limited to the sort of inferences to which Sopinka J. refers. The provisions do not stipulate that silence can be used merely to confirm guilt or to highlight the fact that the evidence is uncontradicted. Both enactments establish that trial judges and juries may, in certain circumstances, use the silence of the accused to draw reasonable inferences and help them determine whether the accused is guilty of the offence charged. For further discussion see R. Munday, "*Cum Tacent Clamant*: Drawing Proper Inferences from a Defendant's Failure to Testify" (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32; J. Jackson, "The Right of

Je reconnais que ces deux arrêts, *Murray* et *Cowan*, portaient sur des dispositions législatives qui autorisent maintenant expressément l'utilisation de conclusions défavorables dans certains cas au Royaume-Uni. Voir l'art. 4 de la *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), et l'art. 35 de la *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33. Néanmoins, ces arrêts examinent la raison d'être de l'utilisation du silence de l'accusé et contribuent à mettre en lumière le principe juridique classique voulant que des conclusions défavorables, lorsqu'elles sont tirées dans des circonstances qui s'y prêtent, ne minent aucunement le droit de garder le silence ou la présomption d'innocence. De plus, ces nouvelles dispositions ne sont pas limitées au genre de conclusions dont parle le juge Sopinka. Elles ne disent pas que le silence ne peut être utilisé que pour confirmer la culpabilité ou souligner le fait que la preuve n'est pas contredite. Les deux textes établissent que le juge du procès ou le jury peut, dans certains cas, utiliser le silence de l'accusé pour tirer des conclusions raisonnables et déterminer si l'accusé est coupable de l'infraction reprochée. Pour un examen plus approfondi de la question, voir R. Munday, «*Cum Tacent Clamant*: Drawing Proper Inferences from a

Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270; I. Dennis, "The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions", [1995] *Crim. L.R.* 4.

Although not statutory, similar developments have occurred in New Zealand, and in part, Australia. See *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217 (H.C.); *R. v. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492 (C.A. Qld.); *Trompert v. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357 (C.A.).

In 1993, the High Court of Australia considered the impact of the accused's silence at trial. In *Weissensteiner* the accused was charged with two counts of murder and the theft of a boat. The circumstantial case against him was strong, but the accused did not give evidence or call any witnesses. The High Court was thus asked to determine what use the jury could make of the accused's failure to explain. The court concluded that adverse inferences were permissible but to varying degrees. For example, Mason C.J., and Deane and Dawson JJ. held at p. 229 that the failure of the accused to give evidence can only "bear upon the probative value of the evidence which has been given and which the jury is required to consider". Brennan and Toohey JJ. went somewhat further and stated at p. 236:

The jury should be told that the onus remains on the prosecution and that the accused is under no obligation to give evidence, but that "it is legitimate to have regard to the fact that the accused has given no evidence or explanation or satisfactory explanation of the Crown case as a consideration making the inference of guilt from the evidence for the prosecution less unsafe than it might otherwise possibly appear".

The approach to adverse inferences in New Zealand is more conclusive. In *Trompert, supra*, the accused was charged with cultivating cannabis contrary to the *Misuses of Drugs Act 1975*. The Crown established a strong case but the accused

Defendant's Failure to Testify» (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32; J. Jackson, «The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270; I. Dennis, «The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions», [1995] *Crim. L.R.* 4.

Une évolution similaire, quoique d'origine non législative, est survenue en Nouvelle-Zélande, et partiellement en Australie. Voir *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217 (H.C.); *R. c. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492 (C.A. Qld.); *Trompert c. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357 (C.A.).

En 1993, la Haute Cour d'Australie a étudié l'effet du silence de l'accusé au procès. Dans *Weissensteiner*, l'accusé avait été inculpé de meurtre et du vol d'un bateau. Même s'il y avait une forte preuve circonstancielle contre lui, l'accusé n'a pas témoigné ni cité de témoin. La Haute Cour était donc appelée à déterminer quelle utilisation le jury pouvait faire du défaut de l'accusé de s'expliquer. Les juges de la Haute Cour ont tous convenu, mais à des degrés divers, qu'il était permis de tirer des conclusions défavorables. Par exemple, le juge en chef Mason et les juges Deane et Dawson ont statué, à la p. 229, que le défaut de l'accusé de témoigner peut seulement [TRADUCTION] «être pris en compte dans l'appréciation de la valeur probante de la preuve qui a été produite et que le jury est tenu d'examiner». Les juges Brennan et Toohey sont allés un peu plus loin, s'exprimant en ces termes, à la p. 236:

[TRADUCTION] Il faut dire au jury que la poursuite conserve toujours le fardeau de la preuve et que l'accusé n'est aucunement obligé de témoigner, mais qu'il est légitime de tenir compte du fait que l'accusé n'a apporté aucune preuve, explication ou explication satisfaisante pour répondre à la preuve de la poursuite, comme facteur rendant la conclusion de culpabilité tirée de la preuve de la poursuite moins hasardeuse qu'elle ne pourrait autrement paraître».

L'approche adoptée en Nouvelle-Zélande à l'égard des conclusions défavorables est plus concluante. Dans *Trompert*, précité, l'accusé avait été inculpé d'avoir cultivé du chanvre indien, infraction prévue par la *Misuses of Drugs Act 1975*.

failed to testify or give evidence in his defence. The Court of Appeal held that where a *prima facie* case is established, the judge is entitled to take the accused's silence into account in determining what weight should be given to the evidence against him. In reaching this conclusion, Richardson J. quoted the following excerpt from *Hall v. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031 (S.C.), at p. 358 of his reasons:

I have never previously come across the suggestion that an accused person has a general privilege of silence which protects him from such inferences as will naturally be drawn from his silence in the face of proved facts which call for explanation on his part. In the face of such facts, an accused person preserves silence at his peril, except where some particular rule of law protects him. In my experience, but subject always to those particular rules, the silence of an accused person has always been regarded as a major indication of guilt in cases where he might be expected to speak if he were innocent. Even where a statute prohibits comment on failure to testify, there is no privilege of silence, as no law has ever purported to prohibit the tribunal of fact, be it jury, Judge or Magistrate, from drawing such inferences as must inevitably be drawn from silence on the part of the accused.

⁴⁶ The record suggests that in other Commonwealth jurisdictions, judges, juries, and appellate courts are entitled to consider the silence of the accused in making findings of guilt. In adopting this position, the courts of these countries have relied on the notion of a *prima facie* case or a case to meet; all require as a precondition to adverse inferences that the Crown first present sufficient evidence from which a verdict of guilt would be reasonable. Then, as I contend the case is here, decision-makers alike should consider the probative value of silence in unexplained circumstances, to assist them in determining guilt.

Malgré la preuve solide présentée par le ministère public, l'accusé n'avait pas témoigné ni produit de preuve en défense. La cour d'appel a décidé que, lorsqu'une preuve *prima facie* est présentée, le juge est en droit de tenir compte du silence de l'accusé pour déterminer la valeur probante de la preuve contre ce dernier. Pour arriver à cette conclusion, le juge Richardson a cité, à la p. 358 de ses motifs, l'extrait suivant de l'arrêt *Hall c. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031 (C.S.):

[TRADUCTION] Je n'ai encore jamais vu de proposition voulant que l'accusé jouisse d'un privilège général de garder le silence le protégeant contre les conclusions qui seront naturellement tirées de son silence lorsque les faits établis appellent une explication de sa part. Confronté à de tels faits, l'accusé garde le silence à ses risques et périls, sauf lorsqu'une règle de droit particulière le protège. D'après mon expérience, mais sous réserve toujours de ces règles particulières, le silence de l'accusé a toujours été tenu pour un indice important de culpabilité dans les cas où on se serait attendu à ce qu'il s'explique s'il était innocent. Même quand une loi interdit les commentaires sur le défaut de témoigner, il n'y a pas de privilège de garder le silence, car aucune loi n'a jamais été censée interdire au juge des faits, qu'il fût jury, juge ou magistrat, de tirer les conclusions qui doivent inévitablement l'être du silence de l'accusé.

Il appert des décisions des tribunaux d'autres pays du Commonwealth que les juges, les jurys et les cours d'appel sont en droit de tenir compte du silence de l'accusé pour tirer des conclusions de culpabilité. En adoptant cette position, les tribunaux de ces pays se sont appuyés sur la notion de preuve *prima facie* ou preuve complète; ils exigent tous, en tant que préalable à des conclusions défavorables, que le ministère public ait présenté une preuve suffisante, sur le fondement de laquelle un verdict de culpabilité serait raisonnable. En conséquence, comme c'est le cas ici à mon avis, le décideur, quelle que soit son identité, devrait, pour se prononcer sur la culpabilité, examiner la valeur probante du silence de l'accusé devant des circonstances inexpliquées.

Application to the Case at Bar

⁴⁷ In the early morning of March 6, 1994 in Abbotsford, British Columbia, the manager of an

Aux petites heures du 6 mars 1994, à Abbotsford en Colombie-Britannique, le gérant d'un

apartment complex came upon two individuals who were breaking into an automobile in the underground parking garage. He obtained an expired driver's licence from one of the perpetrators, bearing the name of the respondent, Sean Noble. Before the two perpetrators fled the scene, the apartment manager determined that the picture on the licence matched the face of the individual before him.

At trial, before a judge sitting alone, the respondent chose not to testify or call any evidence in his own defence. In the face of the uncontradicted Crown case, he was subsequently convicted of: (a) breaking and entering with the intent to commit an indictable offence; and (b) possession of an instrument for the purpose of breaking and entering, contrary to ss. 348(1)(a) and 351(1) of the *Criminal Code*. The respondent was given a 30-day concurrent sentence.

In reaching the guilty verdict, Lemiski Prov. Ct. J. made the following findings which I believe are necessary to set out in full:

I say that the issue is, can I be satisfied beyond a reasonable doubt on that evidence that the man that the manager dealt with based on his looking at the photograph and the driver's licence and having the photograph before me, is the same person. My answer is yes, I can be.

I go further than that. The time honoured position in law has always been that there is a right to silence. A person is presumed innocent. A person does not have to testify in a case and the traditional long standing rule has been that a judge instructing a jury does not comment to the jury that you should consider the fact that the accused person has not taken the stand. Recent case law has confirmed in a strong way that where there is an overwhelming case to meet and where there is a virtual outcry situation that the failure of an accused person to take the stand may be the subject of comment and, in my opinion, this is that case. Here, in my opinion, there is an outcry factor. The accused faces an overwhelming situation. His driver's licence bearing his name, his photo-

immeuble d'habitation a vu, dans le garage souterrain de l'immeuble, deux individus en train de pénétrer par effraction dans une voiture. L'un d'eux lui a remis un permis de conduire périmé sur lequel figurait le nom de l'intimé, Sean Noble. Avant que les individus ne s'enfuient, le gérant a pu déterminer que l'individu photographié sur le permis était bien la personne devant lui.

Au procès, qui s'est tenu devant un juge sans jury, l'intimé a choisi de ne pas témoigner et de ne présenter aucune preuve en défense. À la lumière de la preuve non contredite du ministère public, il a été déclaré coupable des deux accusations suivantes: a) s'être introduit par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel; b) avoir eu en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction, infractions prévues à l'al. 348(1)a et au par. 351(1) du *Code criminel*. L'intimé s'est vu infliger deux peines d'emprisonnement, à purger concurremment, pour un total de 30 jours.

En rendant le verdict de culpabilité, le juge Lemiski de la Cour provinciale a tiré les conclusions suivantes, qu'il est nécessaire à mon sens d'exposer au long:

[TRADUCTION] Je dis que la question est la suivante: puis-je être convaincu hors de tout doute raisonnable, sur la foi de cette preuve, que l'individu auquel le gérant a eu affaire, selon la photographie et le permis de conduire qu'il a examinés, et celui que je vois sur la photographie, sont la même personne? Je réponds: Oui, je peux l'être.

J'irais plus loin encore. Le principe du droit de garder le silence a de tout temps été consacré. Tout inculpé est présumé innocent. Il n'a pas à témoigner au procès et la règle traditionnelle veut que le juge ne fasse pas, dans son exposé au jury, de commentaires indiquant de tenir compte du fait que l'accusé n'a pas témoigné. Des décisions récentes ont confirmé de façon catégorique que, dans les cas où il y a une preuve complète accablante et où la situation est pratiquement criante, le défaut de témoigner de l'inculpé peut faire le sujet de commentaires et, à mon avis, tel est le cas en l'espèce. À mon avis, nous sommes en présence d'une situation criante. L'inculpé est confronté à une preuve accablante. Selon un témoin, l'inculpé a lui-même remis, sur les lieux du

tograph and other personal information has been tendered by him, a witness testifies, at the scene of a crime. That cries out for comment from the accused and his failure to make any comment, his failure to testify at his trial with that overwhelming evidence, in my opinion, falls within this very recent case law where the failure to testify may be considered by the trier of fact, by the Court, particularly, where a judge is sitting alone, less so with a jury and may, in effect, result in almost an adverse inference but certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identification in this case. I make that observation, mindful of the long standing rule and the reason for the rule, but aware of what have been relatively recent significant changes in that area of the law. Here is that case that where the accused, Mr. Noble, could take the stand, for example, and say that, "My driver's licence was stolen by somebody who looks like me", or comment on the address or the personal information on the driver's licence or give some explanation and that has not been forthcoming.

crime, son permis de conduire portant son nom et sa photo et donnant d'autres renseignements personnels. Ce fait exige une explication de sa part et son défaut de faire quelque observation, son défaut de témoigner à son procès devant cette preuve accablante, à mon avis, est visé par la jurisprudence très récente selon laquelle le défaut de témoigner peut être pris en compte par le juge des faits, par le tribunal, en particulier par un juge sans jury, moins toutefois quand il siège avec un jury, et peut, de fait, entraîner pratiquement une conclusion défavorable, et il peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification. Je fais cette observation, conscient de la règle ancienne et de sa raison d'être, tout en tenant compte des changements importants survenus assez récemment dans ce domaine du droit. Dans le cas présent, l'inculpé, M. Noble, aurait pu témoigner, par exemple, que «son permis lui avait été volé par quelqu'un qui lui ressemble», ou faire des observations au sujet de l'adresse ou des renseignements personnels figurant sur le permis de conduire ou donner quelque explication, mais ça n'a pas été fait.

I am satisfied on the issue of identification beyond a reasonable doubt for those reasons that the accused before me is the person that the manager was dealing with in the garage on that evening or morning. [Emphasis added.]

Pour ce qui est de la question de l'identification, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable pour ces motifs que l'inculpé devant moi est l'individu auquel le gérant a eu affaire dans le garage, la nuit ou le matin en question. [Je souligne.]

50 In my view, the trial judge's use of the accused's silence was proper. Although he could have been more precise, Lemiski Prov. Ct. J. clearly found, without reference to the accused's silence, that the Crown had established an "overwhelming" case to meet. Then, given the network of inculpatory facts, or the "virtual outcry situation" as he referred to it, Lemiski Prov. Ct. J. properly inferred guilt from the silence of the accused.

À mon avis, le juge du procès a bien utilisé le silence de l'accusé. Bien qu'il eût pu être plus précis, le juge Lemiski a clairement conclu, sans faire mention du silence de l'accusé, que le ministère public avait présenté une preuve complète «accablante». Puis, vu l'ensemble de faits inculpatoires ou, comme a dit le juge Lemiski, la [TRADUCTION] «situation [...] pratiquement criante», ce dernier a à bon droit conclu à la culpabilité de l'accusé sur la foi du silence de ce dernier.

51 As I have gone to great lengths to discuss, having no doubt concluded that silence was probative in this case, the trial judge's inference was natural and reasonable. Moreover, given the existence of a case to meet, it was perfectly consistent with the respondent's right to silence and the presumption of innocence. For all of these reasons, I would allow the appeal.

Comme je me suis efforcé de démontrer, le juge du procès ayant sans aucun doute conclu que le silence était probant en l'espèce, sa conclusion était naturelle et raisonnable. Qui plus est, vu l'existence d'une preuve complète, cette conclusion était parfaitement compatible avec le droit de l'accusé de garder le silence et avec la présomption d'innocence. Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice, except that I prefer not to comment on the constitutional validity of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, an issue that is not before us.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the evidentiary significance of the failure of the accused to testify at trial. While it is plain that the accused has a right not to testify at trial, may the trier of fact consider this silence in arriving at its belief in guilt beyond a reasonable doubt? In my view, the right to silence and the presumption of innocence preclude such a use of the silence of the accused by the trier of fact. It is apparent in the present case that the trial judge did place independent weight on the accused's failure to testify in reaching his belief in guilt beyond a reasonable doubt, which in my view constituted an error of law. Consequently, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Court of Appeal ordering a new trial.

Facts

The manager of an apartment building in Abbotsford, British Columbia, Mr. Silljer, testified that he went into the parkade of his building at around 1:00 a.m. on March 6, 1994 and found a couple of young men there, one of whom appeared to be attempting to "jimmy into a car" with a screwdriver. One of the men showed Mr. Silljer what appeared to be marijuana cigarettes and stated that they were "having a few tokes". Mr. Silljer smelled no smoke and asked the men for identification. One said he was not carrying identification, while the other handed over an expired driver's licence. The manager testified that

52

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Je suis d'accord avec le Juge en chef, sauf que je préfère ne pas faire de commentaires sur la validité constitutionnelle du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, question dont nous ne sommes pas saisis.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne l'importance que présente sur le plan de la preuve le fait que l'accusé ne témoigne pas au procès. Même s'il est clair que l'accusé a le droit de ne pas témoigner au procès, le juge des faits peut-il tenir compte de ce silence pour arriver à la conviction que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable? À mon avis, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence interdisent cette prise en compte du silence de l'accusé par le juge des faits. Il est évident, dans le présent cas, que pour arriver à la conviction que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable le juge du procès a effectivement accordé un poids particulier au fait que ce dernier n'avait pas témoigné, ce qui, à mon avis, était une erreur de droit. En conséquence, je rejeterais le pourvoi et confirmerais la décision de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès.

Les faits

53

Monsieur Silljer, gérant d'un immeuble d'habitation situé à Abbotsford, en Colombie-Britannique, a témoigné s'être rendu au garage de l'immeuble vers 1 h, le 6 mars 1994, et y avoir vu deux jeunes hommes, dont l'un semblait être en train d'essayer de [TRADUCTION] «forcer la portière d'une voiture» au moyen d'un tournevis. L'un d'eux a montré à M. Silljer ce qui semblait être des cigarettes de marijuana et a dit qu'ils étaient [TRADUCTION] «en train de tirer un joints». Monsieur Silljer n'a senti aucune odeur de fumée, et il a prié les individus de lui montrer une pièce d'identité. L'un d'eux a dit qu'il ne portait aucune pièce

he thought the licence accurately depicted the man in front of him and told the man that he could retrieve the licence from the RCMP. The respondent was eventually charged with breaking and entering a dwelling place with intent to commit an indictable offence therein, and of having in his possession, without lawful excuse, an instrument suitable for the purpose of breaking into a motor vehicle, contrary to ss. 348(1)(a) and 351(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, respectively.

d'identité, l'autre lui a remis un permis de conduire périmé. Le gérant a témoigné qu'il avait estimé que l'individu photographié sur le permis était bien la personne devant lui, et qu'il lui a dit qu'il pourrait récupérer son permis en s'adressant à la GRC. L'intimé a par la suite été accusé de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel, et d'avoir eu en sa possession, sans excuse légitime, un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur, infractions prévues respectivement à l'al. 348(1)a) et au par. 351(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

55 At trial, neither the manager Mr. Silljer nor anyone else could identify the accused, but the trial judge convicted on the basis of the licence and the accused's silence. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal ((1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258) and the Crown appeals to this Court.

Au procès, l'accusé n'a pu être identifié ni par le gérant M. Silljer ni par personne d'autre, mais le juge du procès l'a néanmoins déclaré coupable, sur la foi du permis et de son silence. La Cour d'appel a fait droit à l'appel de l'intimé ((1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258) et Sa Majesté se pourvoit devant notre Cour.

Relevant Statutory Provisions

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

4....

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

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.

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

Les dispositions législatives pertinentes

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

4....

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

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.

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

Criminal Code

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law....

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. . . .

Prior Judgments

1. Provincial Court

Lemiski Prov. Ct. J. noted that the defence was that the evidence of identification was insufficient to prove the case beyond a reasonable doubt. Lemiski Prov. Ct. J. concluded that he as the trier of fact could compare the picture in the driver's licence handed to Mr. Silljer with the accused in the courtroom and conclude that the driver's licence accurately depicted the accused. He also was satisfied that the building manager would have carefully examined the licence at the time he concluded that the licence accurately depicted the man in the garage. The trial judge asked himself whether he can be satisfied beyond a reasonable

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Code criminel

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit . . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit . . .

Les décisions des juridictions inférieures

1. La Cour provinciale

Le juge Lemiski de la Cour provinciale a souligné que le moyen de défense invoqué était que la preuve d'identification était insuffisante pour établir hors de tout doute raisonnable le bien-fondé des accusations. Il a décidé que, en tant que juge des faits, il pouvait comparer la photo sur le permis de conduire remis à M. Silljer et l'accusé présent dans la salle d'audience, et conclure que l'individu photographié sur le permis de conduire était bel et bien l'accusé. Il était en outre convaincu que le gérant de l'immeuble avait examiné attentivement le permis de conduire avant de conclure que l'individu photographié sur celui-ci était bien celui qui se trouvait dans le garage. Le juge du procès s'est demandé s'il pouvait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'individu photographié sur

doubt that the person on the licence was the person in the court at trial, and answered, "yes, I can be".

58 The trial judge then stated that he would go "further than that". He acknowledged that there was a time-honoured commitment to the presumption of innocence, but stated that recent cases have held that where there is an overwhelming case to meet, the failure of the accused to take the stand may be the subject of comment. The trial judge held that the accused in the case before him faced an overwhelming case to meet as a result of the licence, yet remained silent. In the trial judge's view, he could draw "almost an adverse inference" that "certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identification".

59 The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt on the issue of identification and convicted the respondent on both counts.

2. *Court of Appeal for British Columbia* (1996), 106 C.C.C. (3d) 161

(i) McEachern C.J.B.C.

60 The first ground of appeal was that since some portions of the trial transcript had been lost, the Court of Appeal could not review adequately the reasonableness of the trial judge's decision and that therefore a miscarriage of justice had occurred. McEachern C.J.B.C. dismissed this ground of appeal and that decision is not before this Court.

61 Turning to the use made by the trial judge of the accused's silence, McEachern C.J.B.C. reviewed the judgment of the trial judge and concluded that, while it was not altogether clear, on balance, the trial judge did place some reliance upon the failure to testify in reaching a conviction. He concluded that it would be unsafe to consider the case on any other basis.

le permis était celui présent dans la salle d'audience, et il a répondu: [TRADUCTION] «Oui, je peux l'être».

Le juge du procès a ajouté qu'il irait [TRADUCTION] «plus loin encore». Il a reconnu que la présomption d'innocence était un principe consacré, mais il a déclaré que, dans des décisions récentes, il avait été jugé que, dans les cas où la preuve du ministère public est accablante, le défaut de témoigner de l'accusé peut faire le sujet de commentaires. Selon lui, à cause du permis, la preuve de l'accusation était accablante, et pourtant l'accusé a gardé le silence. De l'avis du juge du procès, il pouvait tirer [TRADUCTION] «pratiquement une conclusion défavorable» qui «peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification».

Quant à la question de l'identification, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable, et il a déclaré l'intimé coupable relativement aux deux chefs d'accusation.

2. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 106 C.C.C. (3d) 161

(i) Le juge en chef McEachern

Le premier motif d'appel était que, vu la perte de certaines parties de la transcription du procès, la Cour d'appel n'était pas en mesure d'apprécier adéquatement le caractère raisonnable de la décision du juge du procès et que, en conséquence, une erreur judiciaire s'était produite. Le juge en chef McEachern a rejeté ce motif d'appel et notre Cour n'est pas saisie de cette décision.

Abordant ensuite l'utilisation faite par le juge du procès du silence de l'accusé, le juge en chef McEachern a étudié le jugement et conclu que, même si cela ne ressortait pas clairement des motifs du juge du procès, tout bien considéré, celui-ci s'était effectivement fondé en partie sur le défaut de témoigner de l'accusé pour le déclarer coupable. Il a conclu qu'il serait imprudent d'examiner l'affaire sous quelque autre angle.

McEachern C.J.B.C. then proceeded to examine thoroughly recent case law on the permissible inferences from an accused's failure to testify. He concluded that the silence of an accused cannot be placed on the evidentiary scales, but rather if an accused is silent in the face of evidence that would support a directed verdict of guilty, it is not for the trier of fact to speculate about unstated defences; the belief in guilt beyond a reasonable doubt is not disturbed by the silence of the accused. McEachern C.J.B.C. noted (at p. 173) that the silence of the accused may be motivated by a variety of reasons, such as the "hopeless" witness who would harm his or her cause by testifying, whether or not he or she was guilty.

In the case at bar, McEachern C.J.B.C. noted that the trial judge stated that the silence of the accused "certainly may add to the weight of the Crown's case", which was a fatal misdirection. McEachern C.J.B.C. set aside the conviction and ordered a new trial.

(ii) Southin J.A. (dissenting)

Southin J.A. agreed with the majority that the ground of appeal based on the missing transcript should be dismissed, but disagreed with respect to the silence issue. The question of law she considered is to what extent, if at all, the absence of evidence from the accused can weigh in the determination of the verdict. Southin J.A. concluded that it would be curious if a judge must give himself an instruction he cannot give, because of a statutory provision, to the jury (see s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*). Southin J.A. held that the evidentiary significance of an accused's failure to adduce evidence is that although it is true that a man is not called upon to explain suspicious things, there comes a time when a man is so enveloped by inculpatory circumstantial evidence that that man is bound to make some explanation or stand condemned: *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (B.C.S.C.). Southin J.A. held that if the judge is

62

Le juge en chef McEachern a ensuite fait un examen exhaustif de la jurisprudence récente concernant les conclusions qu'il est permis de tirer du défaut de témoigner de l'accusé. Il a conclu que le silence de l'accusé ne peut pas être pris en compte dans l'appréciation de la preuve, affirmant plutôt que, dans les cas où l'accusé garde le silence devant une preuve qui justifierait un verdict de culpabilité imposé, il n'appartient pas au juge des faits de conjecturer sur des moyens de défense non invoqués; le silence de l'accusé n'a pas d'effet sur la conviction que celui-ci est coupable hors de tout doute raisonnable. Le juge en chef McEachern a fait remarquer (à la p. 173) que le silence de l'accusé peut être motivé par divers facteurs, par exemple le fait qu'il serait un témoin «lamentable», qui nuirait à sa cause en déposant, peu importe qu'il soit coupable ou non.

63

En l'espèce, le juge en chef McEachern a souligné que le juge du procès avait dit que le silence de l'accusé [TRADUCTION] «peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification», ce qui était une directive entachée d'une erreur fatale. Il a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

(ii) Le juge Southin (dissidente)

64

Le juge Southin a convenu avec la majorité que le motif d'appel fondé sur la transcription manquante devait être rejeté, mais elle a exprimé sa dissidence sur la question du silence. La question de droit qu'elle a examinée est celle de savoir dans quelle mesure, s'il en est, le défaut de l'accusé de présenter des éléments de preuve peut jouer dans la détermination du verdict. Elle a conclu qu'il serait curieux que le juge doive se rappeler à lui-même une instruction qu'une disposition législative lui interdit de donner au jury (voir le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*). Le juge Southin a décidé que l'importance, du point de vue de la preuve, du défaut de l'accusé de présenter des éléments de preuve réside dans le fait que, bien qu'il soit vrai qu'une personne ne soit pas tenue d'expliquer les choses suspectes, il arrive un moment où la preuve circonstancielle inculpatoire est telle que cette personne doit fournir une explication, sous

satisfied that the case put forward by the Crown requires some explanation if it is not to be accepted, yet the accused fails to provide that explanation, there is no reason for the judge not to be satisfied in guilt beyond a reasonable doubt.

peine d'être déclarée coupable: *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.). Le juge Southin a statué que, dans le cas où le juge est convaincu que la preuve du ministère public appelle des explications de la part de l'accusé, à défaut de quoi elle sera acceptée, et que celui-ci n'en fournit pas, il n'y a alors aucune raison que le juge ne soit pas convaincu de la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

In the present case, counsel for the accused put forward the argument that it was contrary to common sense for a thief to hand over his driver's licence, thus whoever handed over the licence was not a thief. Southin J.A. noted that this argument implied that the accused might well have lost his licence or given it to somebody else, but no explanation was put forward by the accused in this regard. For the judge to accept the identification argument in the face of the accused's silence would have required him to indulge in speculation. Southin J.A. concluded that the trial judge did not make an error of law and would have dismissed the appeal.

(iii) Donald J.A.

Donald J.A. was of the view that the difference between the reasons of McEachern C.J.B.C. and Southin J.A. rested on a differing appreciation of what the trial judge did in the present case. Donald J.A. agreed with the Chief Justice that the trial judge had improperly drawn an adverse inference from the accused's failure to testify and used that as an element of proof in the Crown's case. He thus agreed with the disposition proposed by the Chief Justice.

Issues

1. Under what circumstances is a trier of fact permitted to draw an inference from the failure of an accused to give evidence, and what is the nature of that inference?

2. Did the majority in the British Columbia Court of Appeal err in law in holding that the trial judge had committed reversible error by placing

Dans le présent cas, l'avocat de l'accusé a fait valoir qu'il était illogique qu'un voleur remette son permis de conduire et, partant, que la personne qui avait remis le sien n'était pas un voleur. Le juge Southin a souligné que cet argument impliquait que l'accusé aurait bien pu avoir perdu son permis ou l'avoir donné à quelqu'un d'autre, mais que ce dernier n'avait fourni aucune explication à ce sujet. Compte tenu du silence de l'accusé, le juge aurait eu à conjecturer pour accepter l'argument relatif à l'identification. Le juge Southin a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit, et elle aurait rejeté l'appel.

(iii) Le juge Donald

De l'avis du juge Donald, la divergence entre les motifs du juge en chef McEachern et ceux du juge Southin tenait à une appréciation différente de ce que le juge du procès a fait dans la présente espèce. Le juge Donald a dit être d'accord avec le juge en chef que le juge du procès avait à tort tiré une conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé et qu'il avait considéré ce silence comme un élément de la preuve du ministère public. Il a donc souscrit au dispositif proposé par le juge en chef.

Les questions en litige

1. Dans quelles circonstances le juge des faits est-il autorisé à tirer une conclusion du défaut de témoigner de l'accusé, et quelle est la nature de cette conclusion?

2. Les juges de la majorité, en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ont-ils commis une erreur de droit en statuant que le juge du procès

the respondent's failure to testify on the evidentiary scales?

Analysis

While it is clear that the accused is neither a competent nor a compellable witness for the Crown, it is a separate question whether the silence of the accused at trial may be used against him in reaching a verdict. Specifically, if the trier of fact is otherwise not convinced of guilt beyond a reasonable doubt, may the silence of the accused at trial be treated as a distinct piece of evidence which the trier of fact may use to become convinced of guilt beyond a reasonable doubt? Put in other ways, may silence be placed on the evidentiary scales or may it be used as a "make-weight"? In my view, the answer to this question is found in two common law rights which were subsequently enshrined in the *Charter*: the right to silence and the presumption of innocence.

The Right to Silence

The right to silence existed in various forms in the common law. For example, the "confessions rule" excluded any confession that was not demonstrated to have been voluntary: *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.); the accused had a right to choose not to confess. The common law right to silence, while it still exists, was to some extent superseded in importance by the establishment of the right to silence in the *Charter*. The accused's non-compellability at trial is now constitutionally protected under s. 11(c), but there has also been recognition of a right to silence as a principle of fundamental justice in s. 7. *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, established that there is a right to silence under the *Charter* which is engaged when a person is subject to the coercive power of the state. This occurs upon arrest, charge or detention of the individual. It is at this point that an adversarial relationship is created between the state and the individual. In *Hebert* itself, it was held that the state could not trick a detained accused into making self-incriminating statements through the

avait fait une erreur justifiant l'annulation en considérant le défaut de l'intimé de témoigner comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante?

L'analyse

Même s'il est clair que l'accusé n'est pas un témoin habile à témoigner et contraignable pour le ministère public, le fait de savoir si son silence au procès peut être utilisé contre lui dans la détermination du verdict est une toute autre question. Plus précisément, si le juge des faits n'est pas par ailleurs convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité, peut-il considérer le silence de l'accusé comme un élément de preuve distinct pour arriver à sa conviction à cet égard? Autrement dit, le silence peut-il être un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, ou peut-il être utilisé comme «complément de preuve»? À mon avis, la réponse à cette question se trouve dans deux droits reconnus par la common law, qui ont plus tard été constitutionnalisés par la *Charte*: le droit de garder le silence et la présomption d'innocence.

Le droit de garder le silence

Le droit de garder le silence existait sous des formes diverses en common law. Par exemple, la «règle des confessions» excluait toute confession dont le caractère volontaire n'avait pas été établi: *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.); l'accusé avait le droit de choisir de ne pas faire de confession. Le droit de garder le silence reconnu par la common law — quoiqu'il existe toujours — a, dans une certaine mesure, été supplanté en importance par le droit de garder le silence constitutionnalisé dans la *Charte*. Le droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même au procès est désormais protégé par l'al. 11c), mais le droit de garder le silence a aussi été reconnu comme un des principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7. L'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, a établi que le droit de garder le silence garanti par la *Charte* entre en jeu lorsqu'une personne est soumise au pouvoir coercitif de l'État, ce qui se produit quand elle est arrêtée, inculpée ou détenue. C'est à ce moment que naît l'antagonisme entre l'État et l'individu. Dans

use of an undercover police officer eliciting information in the accused's cell. Once under the coercive power of the state, the accused's right to silence could only be waived by an informed decision of the accused; state trickery was unacceptable.

⁷¹ While *Hebert* confirmed the existence of the right to silence under s. 7, it remained unclear to what use the silence of the detainee could be put. That is, while the detainee had a right to silence on arrest or detention, could this silence later be used against the accused at trial as evidence of his or her guilt? *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, settled the matter. In that case, in addressing the jury, Crown counsel treated the appellant's silence on his arrest as evidence of guilt. The trial judge neglected to instruct the jury to ignore the evidence of silence on arrest, despite requests from both Crown and defence counsel to do so. This Court held that such neglect constituted reversible error. Cory J., speaking for a majority of six judges, stated at p. 1316 that:

It has as well been recognized that since there is a right to silence, it would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused clearly exercised his right and remained silent in the face of a question which suggested his guilt.

⁷² In my view, *Chambers* assists in analyzing the proper use by the trier of fact of the accused's silence at trial. Cory J. indicated that it would severely undercut the pre-trial right to silence if pre-trial silence could be used against the accused. Similarly, in the present context, it would severely undercut the right to silence at trial, which is found in ss. 7 and 11(c) of the *Charter*, if the silence could be used against the accused to convince the trier of fact of guilt. If the case against the accused does not otherwise prove guilt beyond a reasonable

Hebert, il a été jugé que l'État ne pouvait pas soutirer par la ruse des déclarations incriminantes à un accusé détenu en plaçant un policier en civil dans sa cellule. Une fois placé sous le pouvoir coercitif de l'État, une renonciation éclairée de l'accusé était nécessaire pour le priver du droit de garder le silence; la ruse utilisée par l'État était inacceptable.

Bien que l'arrêt *Hebert* ait confirmé l'existence à l'art. 7 du droit de garder le silence, il restait à déterminer quelle utilisation pouvait être faite du silence du détenu. En d'autres mots, quoique le détenu ait le droit de garder le silence lorsqu'il est mis sous arrêt ou en détention, son silence peut-il être utilisé ultérieurement contre lui au procès comme preuve de sa culpabilité? Cette question a été tranchée dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. Dans cet arrêt, le substitut du procureur général, s'adressant au jury, avait affirmé que le silence de l'appelant lors de son arrestation était une preuve de sa culpabilité. Le juge du procès avait négligé de donner au jury instruction de ne pas tenir compte du silence de l'accusé au moment de son arrestation, en dépit des demandes en ce sens qui lui avaient été faites tant par le ministère public que par la défense. Notre Cour a statué que cette omission constituait une erreur justifiant l'annulation. S'exprimant pour les six juges de la majorité, le juge Cory a déclaré ceci, à la p. 1316:

Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence face à une question tendant à établir sa culpabilité.

À mon avis, l'arrêt *Chambers* aide à l'analyse de l'utilisation que le juge des faits peut à bon droit faire du silence de l'accusé au procès. Le juge Cory a indiqué qu'une grave atteinte serait portée au droit de garder le silence avant le procès si ce silence pouvait être utilisé contre l'accusé. De même, dans le présent contexte, une grave atteinte serait portée au droit de garder le silence au procès, qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11c) de la *Charte*, si ce silence pouvait être utilisé contre l'accusé pour convaincre le juge des faits de sa culpabilité.

doubt, to permit the trier of fact to reach a guilty verdict on the basis of the failure to testify would significantly undermine the right not to testify. As Cory J. stated in *Chambers*, it would be a "snare and a delusion" to grant the accused a right to remain silent at trial yet then proceed to use the silence to find him or her guilty.

While *Chambers* itself supports the conclusion that silence of the accused cannot be placed on the evidentiary scales, the underlying justification for the right to silence also supports such a conclusion. The justification for the right to silence was affirmed by the unanimous decision of this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40. We stated:

Applying a purposive interpretation to s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

In a similar vein, in the context of pre-trial silence, McLachlin J. for the majority in *Hebert* stated, at p. 181:

The common law rules related to the right to silence suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to choose whether to speak to the authorities or remain silent. . . . In keeping with the approach inaugurated by the *Charter*, our courts must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of the detained person to make a meaningful choice and permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice.

I stated in *Hebert*, at p. 195, that:

However, it cannot be denied that, apart altogether from the privilege [against self-incrimination], the right to remain silent — the right not to incriminate oneself

Si la preuve produite contre l'accusé n'établit pas autrement sa culpabilité hors de tout doute raisonnable, le fait de permettre au juge des faits de rendre un verdict de culpabilité sur le fondement du défaut de témoigner de l'accusé minerait considérablement le droit de ne pas témoigner. Comme l'a dit le juge Cory, dans *Chambers*, précité, ce serait «tendre un piège» que d'accorder à l'accusé le droit de garder le silence au procès, puis ensuite d'utiliser ce silence pour le déclarer coupable.

Si l'arrêt *Chambers* permet de conclure que le silence de l'accusé n'est pas un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, il en est de même de la justification sous-jacente du droit de garder le silence. Cette justification a été énoncée par notre Cour, dans l'arrêt unanime *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, où nous avons déclaré ce qui suit, à la p. 40:

Appliquant à l'al. 11c) une interprétation fondée sur l'objet visé, je suis d'avis que cette disposition vise à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. Bien qu'il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Dans le même ordre d'idée, dans le contexte du silence avant le procès, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité dans *Hebert*, précité, a dit ceci, à la p. 181:

Les règles de common law qui se rapportent au droit de garder le silence indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. [...] Conformément à la méthode instaurée par la *Charte*, nos tribunaux doivent adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écartier les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir.

Dans *Hebert*, j'ai déclaré ce qui suit, à la p. 195:

Cependant, on ne peut nier que, abstraction faite complètement du privilège [de ne pas s'incriminer], le droit de garder le silence — le droit de ne pas s'incriminer —

with one's words — is an integral element of our accusatorial and adversarial system of criminal justice. [Emphasis added.]

fait partie intégrante de notre système accusatoire et contradictoire de justice criminelle. [Je souligne.]

75 The right to silence is based on society's distaste for compelling a person to incriminate him- or herself with his or her own words. Following this reasoning, in my view the use of silence to help establish guilt beyond a reasonable doubt is contrary to the rationale behind the right to silence. Just as a person's words should not be conscripted and used against him or her by the state, it is equally inimical to the dignity of the accused to use his or her silence to assist in grounding a belief in guilt beyond a reasonable doubt. To use silence in this manner is to treat it as communicative evidence of guilt. To illustrate this point, suppose an accused did commit the offence for which he was charged. If he testifies and is truthful, he will be found guilty as the result of what he said. If he does not testify and is found guilty in part because of his silence, he is found guilty because of what he did not say. No matter what the non-perjuring accused decides, communicative evidence emanating from the accused is used against him. The failure to testify tends to place the accused in the same position as if he had testified and admitted his guilt. In my view, this is tantamount to conscription of self-incriminating communicative evidence and is contrary to the underlying purpose of the right to silence. In order to respect the dignity of the accused, the silence of the accused should not be used as a piece of evidence against him or her.

Le droit de garder le silence est fondé sur la répugnance qu'éprouve la société à forcer un individu à s'incriminer. Suivant ce raisonnement, je suis d'avis que le fait d'utiliser le silence de l'accusé afin d'aider à établir sa culpabilité hors de tout doute raisonnable va à l'encontre de la raison d'être du droit de garder le silence. Tout comme l'État ne doit pas arracher une déclaration à un individu ni utiliser cette déclaration contre lui, il est tout aussi incompatible avec la dignité de l'accusé d'utiliser son silence pour aider à établir la conviction de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Faire une telle utilisation du silence, c'est l'assimiler à une preuve de culpabilité participant d'une communication. Pour illustrer ce point, supposons que l'accusé a effectivement perpétré l'infraction dont il est inculpé. S'il témoigne et dit la vérité, il sera déclaré coupable à cause de ce qu'il a dit. S'il ne témoigne pas et qu'il est déclaré coupable en partie à cause de son silence, il sera déclaré coupable à cause de ce qu'il n'a pas dit. Peu importe ce que décide l'accusé qui ne se parjure pas, une preuve participant d'une communication est utilisée contre lui. Le défaut de témoigner tend à placer l'accusé dans la même situation que s'il avait témoigné et admis sa culpabilité. À mon sens, cette situation revient à lui arracher une preuve incriminante participant d'une communication et va à l'encontre de l'objectif sous-jacent du droit de garder le silence. Pour respecter la dignité de l'accusé, le silence de celui-ci ne devrait pas être utilisé comme élément de preuve contre lui.

The Presumption of Innocence

76 The presumption of innocence, enshrined at trial in s. 11(d) of the *Charter*, provides further support for the conclusion that silence of the accused at trial cannot be placed on the evidentiary scales against the accused. Lamer J. (as he then was) stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357, that:

La présomption d'innocence

La présomption d'innocence, que l'al. 11d) de la *Charte* consacre en ce qui a trait au procès, étaye elle aussi la conclusion que le silence de l'accusé au procès n'est pas un élément de preuve dont la force probante doit être appréciée. Dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a dit ce qui suit, à la p. 357:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or calling other evidence.

If silence may be used against the accused in establishing guilt, part of the burden of proof has shifted to the accused. In a situation where the accused exercises his or her right to silence at trial, the Crown need only prove the case to some point short of beyond a reasonable doubt, and the failure to testify takes it over the threshold. The presumption of innocence, however, indicates that it is not incumbent on the accused to present any evidence at all, rather it is for the Crown to prove him or her guilty. Thus, in order for the burden of proof to remain with the Crown, as required by the *Charter*, the silence of the accused should not be used against him or her in building the case for guilt. Belief in guilt beyond a reasonable doubt must be grounded on the testimony and any other tangible or demonstrative evidence admitted during the trial.

Some reference to the silence of the accused by the trier of fact may not offend the *Charter* principles discussed above: where in a trial by judge alone the trial judge is convinced of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, the silence of the accused may be referred to as evidence of the absence of an explanation which could raise a reasonable doubt. If the Crown has proved the case beyond a reasonable doubt, the accused need not testify, but if he doesn't, the Crown's case prevails and the accused will be convicted. It is only in this sense that the accused "need respond" once the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. Another permissible reference to the silence of the accused was alluded to by the Court of Appeal in this case. In its view, such a reference is permitted by a judge trying a case alone to indicate that he need not speculate about possible defences that might have been offered by the accused had he or she testified. As McEachern C.J.B.C. stated (at p. 171):

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Si le silence de l'accusé peut être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité, le fardeau de la preuve est alors déplacé en partie sur les épaules de ce dernier. Dans une situation où l'accusé exerce son droit de garder le silence au procès, le ministère public n'a qu'à apporter une preuve quasiment hors de tout doute raisonnable, et le défaut de témoigner permet de dissiper le doute qui reste. Toutefois, la présomption d'innocence fait en sorte que l'accusé n'est pas tenu de présenter quelque preuve que ce soit, mais qu'il appartient plutôt au ministère public de prouver sa culpabilité. En conséquence, afin que, comme l'exige la *Charte*, le fardeau de la preuve continue d'incomber au ministère public, le silence de l'accusé ne devrait pas être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité. La conviction hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité doit reposer sur les témoignages et les éléments de preuve matériels admis durant le procès.

Il est possible que certaines mentions du silence de l'accusé ne portent pas atteinte aux principes de la *Charte* examinés précédemment: ainsi, si le juge qui siège sans jury est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, le silence de l'accusé peut être mentionné comme preuve de l'absence d'explication susceptible de soulever un doute raisonnable. Si le ministère public a apporté une preuve hors de tout doute raisonnable, l'accusé n'a pas à témoigner, mais s'il ne le fait pas, la preuve du ministère public sera retenue et l'accusé sera déclaré coupable. C'est seulement dans ce sens que l'accusé a «besoin de répondre», une fois que le ministère public a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable. En l'espèce, la Cour d'appel a évoqué un autre cas où il est permis de mentionner le silence de l'accusé. Selon elle, le juge qui siège sans jury peut indiquer qu'il n'a pas à conjecturer sur les moyens de défenses possibles que l'accusé aurait pu faire valoir s'il avait témoigné. Comme l'a dit le juge en chef McEachern (à la p. 171):

In other words, the court will not speculate that the accused may have some unstated defence, such as, in this case, that someone may have stolen his driver's licence.

Such treatment of the silence of the accused does not offend either the right to silence or the presumption of innocence. If silence is simply taken as assuring the trier of fact that it need not speculate about unspoken explanations, then belief in guilt beyond a reasonable doubt is not in part grounded on the silence of the accused, but rather is grounded on the evidence against him or her. The right to silence and its underlying rationale are respected, in that the communication or absence of communication is not used to build the case against the accused. The silence of the accused is not used as inculpatory evidence, which would be contrary to the right to silence, but simply is not used as exculpatory evidence. Moreover, the presumption of innocence is respected, in that it is not incumbent on the accused to defend him- or herself or face the possibility of conviction on the basis of his or her silence. Thus, a trier of fact may refer to the silence of the accused simply as evidence of the absence of an explanation which it must consider in reaching a verdict. On the other hand, if there exists in evidence a rational explanation or inference that is capable of raising a reasonable doubt about guilt, silence cannot be used to reject this explanation.

[TRADUCTION] Autrement dit, la cour ne conjecturera pas que l'accusé dispose d'un moyen de défense qu'il n'a pas fait valoir, par exemple, en l'espèce, que peut-être quelqu'un avait volé son permis de conduire.

Tenir ainsi compte du silence de l'accusé ne porte atteinte ni au droit de garder le silence ni à la présomption d'innocence. Si le silence est tout simplement considéré par le juge des faits comme ayant pour effet de le dispenser de conjecturer sur des explications qui n'ont pas été fournies, la conviction hors de tout doute raisonnable dans la culpabilité de l'accusé ne repose alors pas en partie sur le silence de ce dernier, mais bien sur la preuve présentée contre lui. Le droit de garder le silence et sa raison d'être sous-jacente sont respectés puisque la communication ou l'absence de communication ne sert pas à étoffer la preuve contre l'accusé. Le silence de l'accusé n'est pas utilisé comme un élément de preuve inculpatoire, ce qui irait à l'encontre du droit de garder le silence, c'est tout simplement qu'il n'est pas utilisé comme élément exculpatoire. De plus, la présomption d'innocence est respectée, en ce qu'il n'incombe pas à l'accusé de se défendre, ou, à défaut, de risquer d'être déclaré coupable à cause de son silence. Par conséquent, le juge des faits peut invoquer le silence de l'accusé simplement comme preuve de l'absence d'une explication qu'il doit prendre en compte en arrêtant son verdict. En revanche, s'il existe dans la preuve une explication ou inférence rationnelle, susceptible de faire naître un doute raisonnable sur la culpabilité, le silence ne peut pas être utilisé pour écarter cette explication.

The reasons of the Chief Justice and McLachlin J., when read with my reasons, indicate that there are three ways in which the silence of the accused might be considered by the trier of fact:

- (1) Once the Crown has proffered a case to meet, the silence of the accused can be used in determining whether an accused is guilty beyond a reasonable doubt.
- (2) Inferences of guilt may be drawn from the accused's silence "only where a case to meet has been put forth and the accused is

Il ressort des motifs du Juge en chef et de ceux du juge McLachlin, lorsqu'on les lit en corrélation avec les miens, qu'il existe trois situations où le silence de l'accusé pourrait être pris en considération par le juge des faits:

- (1) une fois que le ministère public a présenté une preuve complète, le silence de l'accusé peut être utilisé pour décider si celui-ci est coupable hors de tout doute raisonnable;
- (2) des conclusions de culpabilité ne peuvent être tirées du silence de l'accusé «que dans [les cas] où une preuve complète a été présentée et

enveloped in a 'cogent network of inculpatory facts'".

- (3) The silence of the accused means that the evidence of the Crown is uncontradicted and therefore must be evaluated on this basis without regard for any explanation of those facts that does not arise from the facts themselves.

The Chief Justice appears to adopt both positions (1) and (2) in different parts of his reasons. Clearly, the first position uses the silence of the accused and violates both the right to silence and the presumption of innocence. If the Crown's evidence, although sufficient to pass the case to meet test, would, on evaluation, fall short of proof beyond a reasonable doubt but for the evidence of the accused, then the silence of the accused becomes evidence for the Crown which enables the Crown to discharge its burden of proof beyond a reasonable doubt.

The second position appears to invite the use of silence when the level of the Crown's proof passes the case to meet test but falls slightly short of proof beyond a reasonable doubt. In other words, the Crown has a strong case but it needs a little extra push. The extra push will be supplied by the silence of the accused. Of course, if the Crown's case does not need the extra push, there would be no justification for this position. Whether the evidence of the accused bridges the entire gap or only part of the gap between the standard of a case to meet and proof beyond a reasonable doubt, the silence of the accused becomes evidence for the Crown in discharge of its burden of proof. In both instances, the right to silence and the presumption of innocence are violated.

The third position which I have attempted to explain in my reasons simply recognizes the fact

où l'accusé est confronté à un [TRADUCTION] «ensemble [...] convaincant de faits inculpatoires»;

- (3) le silence de l'accusé emporte que la preuve du ministère public n'est pas contredite et qu'elle doit donc être évaluée comme telle, sans tenir compte de quelque explication des faits mis en preuve qui ne ressort pas des faits eux-mêmes.

Le Juge en chef semble être d'accord, dans différents passages de ses motifs, avec les positions énoncées en (1) et (2). Manifestement, dans le premier cas, on utilise le silence de l'accusé et on viole à la fois le droit de garder le silence et la présomption d'innocence. Si la preuve du ministère public, quoique suffisante pour satisfaire au critère de la preuve complète, est, après évaluation, jugée insuffisante pour constituer une preuve hors de tout doute raisonnable si ce n'est de la preuve émanant de l'accusé, le silence de ce dernier devient alors un élément de preuve pour le ministère public et lui permet de s'acquitter du fardeau qui lui incombe d'apporter une preuve hors de tout doute raisonnable.

La deuxième position semble inciter à l'utilisation du silence de l'accusé dans les cas où la preuve du ministère public respecte le critère de la preuve complète, mais ne satisfait pas tout à fait la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. En d'autres mots, le ministère public a une preuve solide mais il a besoin d'une petite poussée supplémentaire, qui sera fournie par le silence de l'accusé. Il va de soi que si la preuve du ministère public n'a pas besoin de cette poussée supplémentaire, cette deuxième position n'a pas de raison d'être. Que la preuve émanant de l'accusé comble entièrement ou en partie l'écart entre la norme de la preuve complète et celle de la preuve hors de tout doute raisonnable, elle n'en devient pas moins un élément de preuve permettant au ministère public de s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe. Dans un cas comme dans l'autre, il y a violation du droit de garder le silence et de la présomption d'innocence.

La troisième position, que j'ai tenté d'expliquer dans mes motifs, reconnaît simplement le fait que

that the evidence of the Crown stands alone. It must be evaluated on this basis. Contradictions that have not been offered cannot be supplied. No inference of guilt is drawn from the silence of the accused. Rather, the silence of the accused fails to provide any basis for concluding otherwise, once the uncontradicted evidence points to guilt beyond a reasonable doubt.

83

It is not entirely clear which position McLachlin J. adopts. Her reasons appear to conclude that the judge or jury may take into account that the Crown's evidence is unchallenged and decide the case on this basis. This appears to accord with position (3) and not with positions (1) or (2). This would not support either the reasons or the result reached by the Chief Justice.

la preuve du ministère public est la seule qui a été présentée. Elle doit être évaluée comme telle. Des démentis qui n'ont pas été présentés ne peuvent y être ajoutés. Aucune conclusion de culpabilité n'est tirée du silence de l'accusé. Au contraire, le silence de l'accusé n'apporte aucune raison de conclure autrement, une fois que la preuve non contredite tend à indiquer la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

On ne peut dire avec certitude laquelle de ces positions adopte le juge McLachlin. Ses motifs semblent indiquer qu'elle conclut que le juge ou le jury peuvent tenir compte du fait que la preuve du ministère public n'est pas contestée et trancher l'affaire sur ce fondement. Cette conclusion semble compatible avec la position (3) mais non avec les positions (1) et (2). Elle n'étayerait pas non plus les motifs du Juge en chef ni le résultat auquel il arrive.

The Case Law

84

The principles to which I have referred which derive from ss. 7 and 11(d) of the *Charter* find ample support in recent case law of this Court. While earlier cases on the appropriate use of silence by the trier of fact are admittedly ambiguous, recent decisions are clear: silence may not be used by the trier of fact as a piece of inculpatory evidence. In *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, the accused appealed partly on the ground that the jury had improperly drawn an inference of guilt from the accused's failure to testify. McLachlin J., for the majority, stated at p. 835:

La jurisprudence

Les principes dont j'ai fait état et qui tirent leur origine de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* trouvent amplement appui dans la jurisprudence récente de notre Cour. Même si certains arrêts antérieurs concernant l'utilisation qui peut être faite du silence de l'accusé par le juge des faits sont, on le reconnaît, ambigus, de récentes décisions sont claires à cet égard: le silence de l'accusé ne peut être utilisé par le juge des faits comme élément de preuve inculpatoire. Dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, l'accusé avait fondé en partie son pourvoi sur le motif que le jury avait tiré une conclusion inadmissible du fait qu'il n'avait pas témoigné. Le juge McLachlin a déclaré ce qui suit, au nom de la majorité, à la p. 835:

Ce moyen d'appel ne saurait être retenu parce qu'il faudrait conjecturer sur ce que les jurés ont fait. Nous ne pouvons pas savoir quelles conclusions les jurés ont tirées en l'espèce...

This ground of appeal cannot succeed because it would require speculation as to what the jury did. We cannot know what inferences the jury drew in this case . . .

De toute façon, sous réserve de l'avertissement que l'omission de témoigner ne peut pas servir à consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute

In any event, subject to the caveat that failure to testify cannot be used to shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt, a jury is permitted to draw an adverse inference

from the failure of an accused person to testify [Emphasis added.]

Major J., dissenting but concurring on this point, stated at pp. 847-48:

These cases make it clear that, where the accused does not testify, it is open to the jury to draw the inference that he or she could not have raised a reasonable doubt in the face of convincing Crown evidence. However, it is not permissible for a jury which is not otherwise convinced that the Crown has proven guilt beyond a reasonable doubt to infer from the fact that the accused has not testified that he must be guilty. In other words, where the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt, the absence of the accused's testimony may indicate that he or she is unable to raise a reasonable doubt as a basis for acquittal, but this lack of testimony cannot otherwise be used to strengthen the Crown's case where the Crown has fallen short of proving guilt. [Emphasis added.]

In my view, these comments clearly indicate that it is not permissible to use the failure to testify as a piece of evidence contributing to a finding of guilt beyond a reasonable doubt where such a finding would not exist without considering the failure to testify. McLachlin J. stated that the failure to testify could not be used to "shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt". Major J. stated that "this lack of testimony cannot otherwise be used to strengthen the Crown's case where the Crown has fallen short of proving guilt". In my view, these statements indicate that silence cannot be used to take an unproven case to a proven case.

R. v. Lepage, [1995] 1 S.C.R. 654, revisited the question of the permissible inferences from the failure to testify. In that case, I stated at pp. 670-71:

Although I have concluded above that Pardu J. did not draw any adverse inference from the respondent's failure to offer an explanation for the presence of his fingerprints, I note that once the Crown had proved a

raisonnable, un jury peut tirer une conclusion défavorable de l'omission de témoigner d'un accusé. . . [Je souligne.]

Le juge Major, dissident, mais dont l'opinion concordait sur ce point, a dit ceci, aux pp. 847 et 848:

Il ressort clairement de ces arrêts que, lorsque l'accusé ne témoigne pas, il est loisible aux jurés de conclure qu'il n'aurait pas pu soulever un doute raisonnable devant la preuve convaincante du ministère public. Cependant, il n'est pas permis aux jurés qui ne sont pas convaincus, par ailleurs, que le ministère public a prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable de conclure de l'omission de témoigner de l'accusé qu'il doit être coupable. Autrement dit, lorsque le ministère public a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable, l'absence de témoignage de l'accusé peut indiquer qu'il est incapable de soulever un doute raisonnable pour justifier son acquittement, mais ce défaut de témoigner ne saurait, par ailleurs, servir à renforcer la preuve du ministère public quand celui-ci n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé. [Je souligne.]

À mon avis, ces observations indiquent clairement qu'il n'est pas permis d'utiliser le défaut de témoigner comme preuve contribuant à une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable, si cette conclusion était impossible sans la prise en compte du défaut de témoigner. Le juge McLachlin a dit que le défaut de témoigner ne peut pas servir à «consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable». Le juge Major a déclaré que «ce défaut de témoigner ne saurait, par ailleurs, servir à renforcer la preuve du ministère public quand celui-ci n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé». À mon avis, ces observations indiquent que le silence ne peut pas servir à transformer une preuve insuffisante en preuve suffisante.

Dans *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, notre Cour a réexaminé la question de savoir quelles conclusions peuvent être tirées du défaut de témoigner. Dans cette affaire, j'ai dit ceci, aux pp. 670 et 671:

Même si j'ai conclu précédemment que le juge Pardu n'a pas tiré une conclusion défavorable de l'omission de l'intimé d'expliquer la présence de ses empreintes digitales, je précise que, du moment que le ministère public

prima facie case, the trial judge would be entitled to draw such an inference in any event. The following passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at pp. 347-48, is on point:

No adverse inference can be drawn if there is no case to answer. A weak prosecution's case cannot be strengthened by the failure of the accused to testify. But there seems to come a time, where, in the words of Irving J.A. in *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 at p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), "circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent network of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned". That point, it seems to me, can only be the point where the prosecution's evidence, standing alone, is such that it would support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt. Viewed that way, it would be better said that the absence of defence evidence, including the failure of the accused to testify, justifies the conclusion that no foundation for a reasonable doubt could be found on the evidence. It is not so much that the failure to testify justifies an inference of guilt; it is rather that it fails to provide any basis to conclude otherwise . . .

In this case, since the totality of the evidence enabled the trial judge to infer guilt beyond a reasonable doubt, the absence of any explanation from the respondent merely failed to provide any basis to conclude otherwise. [Emphasis added by Sopinka J. in *Lepage*.]

Again, in my view it is clear from the passage cited that while it is permissible to conclude from the failure to testify that there is no unspoken, innocent explanation about which the trier of fact must speculate, it is not permissible to use silence to strengthen a case that otherwise falls short of proving guilt beyond a reasonable doubt. If the totality of the evidence leads to guilt beyond a reasonable doubt, the accused's silence simply fails "to provide any basis to conclude otherwise".

There may, however, be confusion over the use of the words "adverse inference" in the above cases. Professor R. J. Delisle, in an annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203, asked

avait fait une preuve *prima facie*, le juge du procès pouvait, de toute façon, tirer pareille conclusion. Voici un passage pertinent de l'arrêt *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), tiré des pp. 347 et 348:

[TRADUCTION] Aucune conclusion défavorable ne peut être tirée s'il n'y a aucune preuve à réfuter. L'omission de l'accusé de témoigner ne peut permettre de remédier à la faiblesse de la preuve de la poursuite. Or, il arrive un moment, semble-t-il, pour reprendre les termes du juge Irving dans *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221, à la p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), où «une preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatoires, oblige un homme à fournir quelque explication sous peine d'être reconnu coupable». Il en est ainsi, selon moi, seulement lorsque la preuve de la poursuite, à elle seule, est de nature à appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sous cet angle, il serait préférable de dire que l'absence de preuve à décharge, y compris l'omission de l'accusé de témoigner, justifie la conclusion qu'aucun motif de doute raisonnable ne pouvait ressortir de la preuve. Ce n'est pas tant que l'omission de témoigner justifie une conclusion de culpabilité; c'est plutôt qu'elle prive le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion . . .

Dans la présente affaire, comme la totalité de la preuve permettait au juge du procès de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'absence d'explication de la part de l'intimé a simplement privé le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. [Souligné par le juge Sopinka dans *Lepage*.]

Encore une fois, il ressort clairement à mon avis du passage précité que, même s'il est permis de conclure du défaut de témoigner qu'il n'existe aucune explication inexprimée, tendant à innocenter l'accusé et sur laquelle le juge des faits doive conjecturer, il est interdit d'utiliser le silence pour renforcer une preuve qui autrement n'établit pas hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé. Si la totalité de la preuve permet de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le silence de l'accusé prive simplement le tribunal de «motifs de tirer une autre conclusion».

Il est possible, toutefois, qu'il existe une certaine confusion quant à l'utilisation de l'expression «conclusion défavorable» dans les arrêts susmentionnés. Dans une note concernant l'arrêt *R. c.*

that if an adverse inference is permitted, what inference is relevant if it can only be drawn after guilt beyond a reasonable doubt has been proved? He stated at p. 204:

The essence of a criminal trial is whether the Crown has established its case beyond a reasonable doubt. If a jury cannot use the failure to testify to assist in its determination of whether they are satisfied beyond a reasonable doubt, then pray tell what the permissible adverse inference does? For what else can the jury use it?

As set out above, silence is not inculpatory evidence, but nor is it exculpatory evidence. Thus, as in *Lepage*, if the trier of fact reaches a belief in guilt beyond a reasonable doubt, silence may be treated by the trier of fact as confirmatory of guilt. Silence may indicate, for example, that there is no evidence to support speculative explanations of the Crown's evidence offered by defence counsel, or it may indicate that the accused has not put forward any evidence that would require that the Crown negative an affirmative defence. In this limited sense, silence may be used by the trier of fact. If, however, there is a rational explanation which is consistent with innocence and which may raise a reasonable doubt, the silence of the accused cannot be used to remove that doubt.

Thus, there are permissible uses of silence by the trier of fact. However, Delisle is correct in stating that, since these permissible uses only arise after the trier of fact has reached a belief in guilt beyond a reasonable doubt, the uses may be superfluous. I would therefore conclude that courts should generally avoid using the potentially confusing term "inference" in discussing the silence of the accused. "Inference" could be taken to indicate that the trier of fact used silence to help establish the case for guilt beyond a reasonable doubt, which is not a permissible use of silence. Indeed, because of the potential for confusion, discussion of the silence of the accused should generally be

François (1994), 31 C.R. (4th) 203, le professeur R. J. Delisle pose cette question: s'il est permis de tirer une conclusion défavorable, quelle conclusion est pertinente si elle ne peut être tirée qu'une fois la culpabilité établie hors de tout doute raisonnable? À la p. 204, il a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] L'essence du procès pénal est la présentation par le ministère public d'une preuve hors de tout doute raisonnable. Si le jury ne peut pas utiliser le défaut de témoigner pour décider s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable, alors qu'on me dise à quoi sert la conclusion défavorable permise? À quelle autre fin le jury peut-il l'utiliser?

Comme il a été exposé précédemment, le silence n'est pas un élément de preuve inculpatoire, mais il n'est pas non plus exculpatoire. En conséquence, comme dans *Lepage*, si le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, il peut considérer que le silence de celui-ci confirme sa culpabilité. Le silence peut indiquer, par exemple, qu'aucun élément de preuve n'étaye les explications conjecturales données par l'avocat de la défense au sujet de la preuve du ministère public, ou encore que l'accusé n'a présenté aucun élément de preuve forçant le ministère public à réfuter une défense affirmative. Dans ce sens restreint, le silence peut être utilisé par le juge des faits. Cependant, s'il y a une explication rationnelle, compatible avec l'innocence et susceptible de faire naître un doute raisonnable, le silence de l'accusé ne peut pas être utilisé pour dissiper ce doute.

En conséquence, le juge des faits est autorisé à faire certaines utilisations du silence. Toutefois, Delisle a raison d'affirmer que, puisque cela n'est permis au juge des faits qu'après qu'il a acquis la conviction de la culpabilité hors de tout doute raisonnable, ces utilisations pourraient être superflues. Je conclurais donc que les tribunaux devraient généralement éviter d'employer le terme «conclusion», qui est susceptible de créer de la confusion, lorsqu'ils parlent du silence de l'accusé. Ce mot pourrait tendre à indiquer que le juge des faits a utilisé le silence de l'accusé pour décider que la culpabilité a été établie hors de tout doute raisonnable, ce qui n'est pas une utilisation

avoided. However, where silence is mentioned by the trial judge as confirmatory of guilt given the totality of the evidence, but not as a "make-weight", there is no reversible error. *Lepage* provides an example of such a situation.

permise du silence. En effet, en raison du risque de confusion, il convient généralement d'éviter de parler du silence de l'accusé. Toutefois, si le juge des faits mentionne le silence comme étant un élément qui confirme la culpabilité, eu égard à l'ensemble de la preuve, mais non comme «complément de preuve», aucune erreur justifiant l'annulation n'a alors été commise. L'arrêt *Lepage*, est un exemple d'une telle situation.

⁹¹ I turn now to consideration of *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, a case which was pointed to by the appellant as challenging the conclusion that silence may not be placed on the evidentiary scales. In *P. (M.B.)*, the Court discussed the principles surrounding the power of the Crown to reopen its case after the accused had begun presenting the case for the defence. In a passage which is properly characterized as *obiter dicta*, given that the case was not about the use of the failure to testify, Lamer C.J. stated at p. 579:

Je vais maintenant examiner l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, qui, selon l'appelante, bat en brèche la conclusion que le silence n'est pas un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante. Dans *P. (M.B.)*, notre Cour a étudié les principes régissant le pouvoir du ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre. Dans un passage qu'il convient de qualifier de remarques incidentes, étant donné que l'affaire ne concernait pas l'utilisation du défaut de témoigner, le juge en chef Lamer a dit ce qui suit, à la p. 579:

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task. Once, however, the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences. . . . In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. [Emphasis in original.]

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l'auto-incrimination reconnaissent qu'il incombe à l'État, qui dispose de plus de ressources, d'enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d'aider l'État à remplir cette tâche. Toutefois, quand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquittement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires [. . .] En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. [Souligné dans l'original.]

⁹² With respect to the relevance of *P. (M.B.)* to the present analysis, I would note first of all that this passage was concerned with a case where the Crown had reopened its case after the defence had started its presentation. Given Lamer C.J.'s decision that such a reopening was reversible error, it is apparent that he included these *obiter dicta* as a

Quant à la pertinence de l'arrêt *P. (M.B.)* par rapport à la présente analyse, je ferai d'abord remarquer que ce passage traitait d'une affaire dans laquelle le ministère public avait rouvert sa preuve après que la défense eût commencé à y répondre. Vu la décision du juge en chef Lamer qu'une telle réouverture constituait une erreur

means of illustrating the potential harm to the accused as the result of the Crown reopening its case; the accused may have chosen a strategy, for example, the accused may have chosen not to testify, based on the strength of the Crown's initial presentation. While Lamer C.J. mentions the legal permissibility of drawing inferences from silence, the passage in general seems more concerned with the shifting of a strategic burden. That is, the accused is in a "broad sense", by which I infer he means "strategic sense", compellable once the Crown has proved a case to meet; if the accused does not present a defence, he risks conviction. This observation is not inconsistent with the impermissibility of drawing an adverse inference from silence before a case has been proved. If a case against the accused has been adduced that is capable of supporting an inference of guilt, it may be a wise strategy for the accused to testify in order to refute the case to meet; this does not involve a shift in the legal burden of proof to the accused, but rather involves a shift of a strategic burden. On balance, in my view, the passage in *P. (M.B.)* set out above is not inconsistent with the conclusion that silence may not be placed on the evidentiary scales, but rather the passage is concerned with the strategic impact of the establishment of a case to meet by the Crown on the decision of the accused to remain silent at trial. The situation is similar to the circumstances to which I referred earlier in which the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. In both cases, there is what may be referred to as a strategic burden. In the former case, however, in which the Crown has adduced evidence capable of supporting an inference of guilt, failure to testify exposes the accused to a risk of conviction. In the latter case, in which the Crown has proved the case beyond a reasonable doubt, the strategic burden is more compelling because failure to testify will result in conviction. Reference to silence in either

justifiant l'annulation, il est manifeste qu'il a inclus ces remarques incidentes pour démontrer le type de préjudice que l'accusé risquait de subir par suite de cette réouverture; il est possible que l'accusé ait choisi une stratégie, par exemple celle de ne pas témoigner, en tenant compte de la force de la preuve initiale du ministère public. Quoique le juge en chef Lamer signale qu'il est permis, en droit, de tirer des conclusions du silence de l'accusé, le passage semble de façon générale porter davantage sur le déplacement du fardeau sur le plan stratégique. C'est-à-dire que l'accusé devient, dans un «sens large», expression par laquelle il veut dire, selon moi, «d'un point de vue stratégique», contraignable une fois que le ministère public a présenté une preuve complète; si l'accusé ne présente pas de défense, il court le risque d'être déclaré coupable. Cette remarque n'est pas inconciliable avec l'interdiction de tirer une conclusion défavorable du silence de l'accusé avant la présentation d'une preuve complète. S'il a été produit des éléments de preuve capables d'étayer une conclusion de culpabilité, il pourrait être sage pour l'accusé de témoigner afin de réfuter la preuve; cela ne constitue pas un déplacement du fardeau de la preuve sur les épaules de l'accusé, mais plutôt un déplacement du fardeau stratégique. Tout compte fait, à mon avis, le passage précité de l'arrêt *P. (M.B.)* n'est pas inconciliable avec la conclusion que le silence n'est pas un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, mais il concerne plutôt l'impact stratégique de la présentation d'une preuve complète par le ministère public sur la décision de l'accusé de garder le silence au procès. La situation est analogue à celle que j'ai mentionnée précédemment, où le ministère public a fait une preuve hors de tout doute raisonnable. Dans les deux cas, il s'agit de ce qu'on peut appeler le fardeau stratégique. Dans le premier cas, toutefois, celui où le ministère public présente une preuve capable d'étayer une conclusion de culpabilité, le défaut de témoigner expose l'accusé au risque d'être déclaré coupable. Dans le second, où le ministère public présente une preuve hors de tout doute raisonnable, le fardeau stratégique a un caractère plus impérieux, car le défaut de témoigner entraînera la déclaration de culpabilité. Faire mention du silence dans l'un et l'autre cas équivaut

case is simply a comment on the failure to respond to the strategic burden.

93 While the discussion thus far set out the three most recent Supreme Court cases on the subject of the permissible use of silence by the trier of fact, in my view it is also appropriate to address a recent decision of the Ontario Court of Appeal, *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340. The significance of this case for the present discussion derives from the fact that Arbour J.A.'s reasons at times appear to be consistent with the analysis here — indeed in *Lepage* I cited a passage from this case for support for the conclusion that silence cannot be used as a "make-weight" — while at other times her reasons appear to challenge the present analysis. While they are occasionally ambiguous, in my view, as illustrated by my citation of the case in *Lepage*, on balance the reasons in *Johnson* support the analysis here. However, as an illustration of the ambiguity in the reasons, I note the following passage at pp. 348-49:

On the other hand, in the face of proven facts calling out for an explanation, the failure of the accused to testify has evidentiary significance when the accused is in a unique position to provide such an explanation. Failure to testify is not evidence of guilt. It cannot be used to relieve the Crown of its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt.

The latter sentences are difficult to reconcile with the former sentence; if silence may have "evidentiary significance", why may it not be used to prove guilt? However, given the vague meaning of "evidentiary significance" and the plain meaning of the latter sentences, on balance, in my view, the latter sentences are better representatives of the reasoning in *Johnson*. That is, *Johnson* indicated that silence could not be used to help establish the guilt of the accused. Thus, *Johnson* does not contradict the above reasoning. I note that Prowse J.A. of the British Columbia Court of Appeal came to a similar conclusion about *Johnson* in *R. v. Schwartz*, [1996] B.C.J. No. 3145, and both McLachlin J. and Major J. cited *Johnson* as support for their conclusions in *François*, which con-

simplement à commenter le défaut de s'acquitter du fardeau stratégique.

Bien que, jusqu'ici, l'analyse ait porté sur les trois arrêts les plus récents de la Cour suprême sur la question de l'utilisation permise du silence par le juge des faits, il convient aussi, à mon sens, d'examiner la décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340. L'importance de cet arrêt pour les besoins de la présente analyse découle du fait que les motifs du juge Arbour semblent par endroits conciliables avec la présente analyse — de fait, dans *Lepage*, j'ai cité un passage de cet arrêt au soutien de la conclusion que le silence ne peut pas être utilisé comme «complément de preuve» — tandis qu'à d'autres endroits, les motifs du juge Arbour semblent aller en sens inverse. Quoiqu'ils soient à l'occasion ambigus, je suis d'avis, comme en témoigne l'extrait que j'ai cité dans *Lepage*, que, tout compte fait, les motifs exposés dans *Johnson* appuient la présente analyse. Toutefois, pour illustrer l'ambiguïté des motifs, je cite le passage suivant, tiré des pp. 348 et 349:

[TRADUCTION] En revanche, si les faits prouvés appellent une explication, le défaut de témoigner de l'accusé est important sur le plan de la preuve, si ce dernier est le mieux placé pour fournir cette explication. L'omission de témoigner ne prouve pas la culpabilité. Elle ne peut pas être invoquée pour dispenser le ministère public de la charge qu'il a d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Les deux dernières phrases sont difficiles à concilier avec la première. Si le silence peut être «important sur le plan de la preuve», pourquoi ne peut-il pas servir à établir la culpabilité? Toutefois, étant donné le sens vague de l'expression «important sur le plan de la preuve» et le sens clair des deux dernières phrases, je suis d'avis que, tout bien pesé, ces deux phrases sont davantage représentatives du raisonnement suivi dans *Johnson*. Autrement dit, cet arrêt indiquait que le silence ne peut être utilisé pour aider à établir la culpabilité de l'accusé. En conséquence, il ne contredit pas le raisonnement exposé précédemment. Je souligne que le juge Prowse de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est arrivé à une conclusion analogue au sujet de l'arrêt *Johnson* dans *R. c.*

clusions are also consistent with the present analysis.

The Character of the Trier of Fact

Thus far in the analysis I have not distinguished cases where the trier of fact is a jury from cases where the trier of fact is a judge. In my view, there is no difference in the principles governing either situation; the trier of fact, whether judge or jury, cannot treat the silence of the accused as a "make-weight". There are several reasons for this conclusion. First, the *Charter* principles upon which the protection of the silence of the accused rests are equally valid whether informing the approach to be taken by a judge or the approach to be taken by a jury. Whether judge or jury, the trier of fact is not permitted to place the accused's silence on the evidentiary scales because of the right to silence and the presumption of innocence. Second, the case law does not distinguish between the two different situations. For example, *François* considered the permissible use of silence in the context of a jury trial, while *Lepage* concerned the permissible use of silence in the context of a trial by a judge sitting alone. In considering in principle the permissible use of silence, the cases placed no significance on the nature of the trier of fact. Finally, there is no reason in principle why the trier of fact should be governed by different principles depending on its character. Whether it be trial by jury or judge alone, the role of the trier of fact is the same.

While the principles governing the judge and the jury as trier of fact are identical, it is clear that there are differences between the two in practice. The first difference is found in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. Section 4(6), whose validity is not at issue in the present case, prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The trial judge is therefore prevented from instructing the jury on the impermissibility of

Schwartz, [1996] B.C.J. No. 3145, et que les juges McLachlin et Major ont cité *Johnson* au soutien de leurs conclusions dans *François*, lesquelles sont également conciliables avec la présente analyse.

L'identité du juge des faits

Jusqu'ici, dans la présente analyse, je n'ai pas fait de distinction entre les arrêts où le juge des faits est un jury et ceux où il s'agit d'un juge. À mon avis, les mêmes principes régissent les deux situations. Le juge des faits, juge ou jury, ne peut pas considérer le silence de l'accusé comme un «complément de preuve». Plusieurs motifs justifient cette conclusion. Premièrement, les principes établis par la *Charte* et sur lesquels repose la protection du silence de l'accusé sont tout aussi valables, qu'ils s'appliquent à la méthode suivie par un juge ou à celle suivie par un jury. Qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, compte tenu du droit de garder le silence et de la présomption d'innocence, le juge des faits n'est pas autorisé à considérer le silence de l'accusé comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante. Deuxièmement, la jurisprudence ne fait pas de distinction entre les deux situations. Par exemple, l'arrêt *François* portait sur l'utilisation qui peut être faite du silence dans le contexte du procès par jury, tandis que l'arrêt *Lepage* concernait l'utilisation permise du silence dans le contexte du procès devant un juge sans jury. Dans l'examen des principes régissant l'utilisation admissible du silence, ces arrêts n'ont attaché aucune importance à l'identité du juge des faits. Finalement, il n'existe en principe aucune raison justifiant l'application de principes distincts selon l'identité du juge des faits. Qu'il s'agisse d'un procès devant un jury ou devant un juge seul, le rôle du juge des faits est le même.

Bien que les principes régissant les fonctions du juge et du jury en tant que juge des faits soient identiques, il existe évidemment des différences entre les deux situations dans la pratique. La première différence est énoncée au par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 4(6), dont la validité n'est pas en cause dans le présent pourvoi, interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l'accusé.

using silence to take the case against the accused to one that proves guilt beyond a reasonable doubt. The second practical difference is that while judges give reasons which permit appellate review of the specific basis for a finding of guilt, juries do not give reasons and courts are prohibited from speculating about the reasoning process of a jury in reaching a verdict: see *François*, *supra*. These two factors have a significant effect on the potential inferences from the failure to testify in a jury trial: in a jury trial, it is impossible to prevent a jury from drawing whatever inference they please from the failure to testify. They cannot be cautioned against such an inference *ex ante* because of s. 4(6), and they cannot be reversed *ex post* for drawing such an inference because speculation as to the jury's reasoning is forbidden.

Le juge du procès ne peut donc pas donner au jury de directives concernant l'interdiction de s'appuyer sur le silence de l'accusé pour considérer que la preuve établit sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. La deuxième différence pratique est le fait que, alors que les juges exposent des motifs qui permettent la révision, en appel, des raisons précises sur lesquelles repose la déclaration de culpabilité, le jury ne motive pas son verdict, et qu'il est interdit aux tribunaux de conjecturer sur le raisonnement suivi par le jury pour arriver à ce verdict: voir *François*, précité. Ces deux facteurs ont un effet important sur les conclusions qu'il est possible de tirer du défaut de témoigner dans un procès devant jury: dans un tel procès, il est impossible d'empêcher les jurés de tirer la conclusion qu'ils veulent du défaut de témoigner. Il est interdit, à cause du par. 4(6), de les mettre en garde *ex ante* contre de telles conclusions, et leur verdict ne peut être infirmé après coup parce qu'ils ont tiré une telle conclusion, étant donné qu'il n'est pas permis de conjecturer sur le raisonnement du jury.

⁹⁶ While there are practical considerations which prevent appellate review of the use of the silence of the accused by a jury, it remains an error of law for the jury to become convinced of guilt beyond a reasonable doubt as the result of the silence of the accused at trial. The principle against such use of the failure to testify applies equally to a jury as it does to a judge. I agree now as I did then with the approach of Major J. (dissenting, but not on this point) in *François* at p. 848:

Bien que certaines considérations pratiques empêchent l'examen, en appel, de l'utilisation faite du silence de l'accusé par le jury, il reste que si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé en raison du silence de celui-ci au procès, cela constitue une erreur de droit. Le principe qui interdit cette utilisation du défaut de témoigner s'applique autant au jury qu'au juge. Je souscris encore aujourd'hui, comme à l'époque, au point de vue exprimé par le juge Major (qui était dissident, mais non sur ce point) dans *François*, à la p. 848:

... the appellant claims that the jury was not otherwise convinced beyond a reasonable doubt solely on the basis of the complainant's testimony, and that they used the lack of accused's testimony to strengthen the Crown's case to a point where they felt safe in convicting.

If this was in fact what happened, then it would be an error. However, it is impossible to know what took place either in the jury room or in the minds of the individual jurors. What the appellant is asking us to do is to speculate that the jury reached their verdict improperly. A jury's verdict cannot be interfered with on the basis of speculation. [Emphasis added.]

L'appelant prétend [...] que le seul témoignage de la plaignante n'a pas, par ailleurs, convaincu hors de tout doute raisonnable les jurés et que ces derniers se sont servis du défaut de témoigner de l'accusé pour renforcer la preuve du ministère public au point où ils ont jugé prudent de prononcer la déclaration de culpabilité.

Si c'est effectivement ce qui s'est produit, ce serait une erreur. Toutefois, il est impossible de savoir ce qui s'est passé dans la salle des jurés ou dans l'esprit de chacun d'eux. Ce que l'appelant nous demande, c'est de supposer que les jurés ont abouti à leur verdict de façon erronée. On ne saurait modifier le verdict d'un jury en se fondant sur des conjectures. [Je souligne.]

Because of s. 4(6) and the absence of reasons, there is no practical way of preventing the jury from drawing an improper inference from silence. The fact that the jury is permitted to do so does not elevate the use of silence to a principle of law which should be extended to all triers of fact.

On a related point, I would add that nothing in s. 4(6) or in the analysis thus far prevents the trial judge from telling the jury that the evidence on a particular issue is uncontradicted. In such a circumstance, the judge is not instructing the jury to consider the failure of the accused to testify *per se*, but rather is simply instructing the jury to take note of the fact that no evidence had been led to contradict a particular point. Rather than inviting the jury to place the failure of the accused on the evidentiary scales, the judge is instructing the jury that it need not speculate about possible contradictory evidence which has not been led in evidence. Section 4(6) prevents the trial judge from going farther and instructing the jury to consider the failure of the accused in particular to lead contradictory evidence. Moreover, because of the right to silence and the presumption of innocence, the trial judge *qua* trier of fact may not place any particular significance on the failure of the accused to lead contradictory evidence. However, it is permissible as a means of weighing the evidence to note that evidence on a particular point is uncontradicted; the trier of fact need not speculate about contradictory evidence not put before it.

As stated above, the validity of s. 4(6) is not in issue in the present case. My colleague Lamer C.J., however, states that my reasoning in the present case indirectly challenges the constitutionality of s. 4(6). I prefer not to decide the matter without the benefit of argument, but I disagree that my views in the present case cannot be reconciled with s. 4(6). Notwithstanding the right to silence and the presumption of innocence, and therefore the impermissibility of using silence as inculpatory

Vu le par. 4(6) et l'absence de motifs, il n'y a aucun moyen pratique d'empêcher le jury de tirer une conclusion inadmissible du silence. Le fait qu'il soit possible au jury d'agir ainsi n'érigé pas l'utilisation du silence en principe de droit dont l'application devrait s'étendre à tous les juges des faits.

Sur un point connexe, j'ajouterais que ni le par. 4(6) ni l'analyse faite jusqu'ici n'ont pour effet d'empêcher le juge du procès de dire aux jurés que la preuve concernant une question particulière n'a pas été contredite. En pareille circonstance, le juge ne donne pas instruction au jury de tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé en tant que tel, mais il leur dit plutôt simplement de prendre note du fait qu'il n'a été présenté aucun élément de preuve contredisant un point particulier. Le juge n'invite pas les jurés à considérer le silence de l'accusé comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, mais il leur indique plutôt qu'ils n'ont pas à conjecturer sur quelque élément de preuve contradictoire possible qui n'a pas été présenté. Le paragraphe 4(6) empêche le juge du procès d'aller plus loin et de dire au jury de tenir compte en particulier du défaut de l'accusé de présenter une preuve contradictoire. De plus, en raison du droit de garder le silence et de la présomption d'innocence, le juge du procès ne peut pas, en tant que juge des faits, accorder d'importance particulière au fait que l'accusé n'a pas présenté de preuve contradictoire. Toutefois, il est permis de signaler, comme moyen d'apprécier la preuve, que la preuve sur un point particulier n'a pas été contredite; le juge des faits n'a pas à conjecturer sur des éléments de preuve contradictoires qui ne lui ont pas été présentés.

Comme il a été dit précédemment, la validité du par. 4(6) n'est pas en litige dans le présent pourvoi. Toutefois, mon collègue le juge en chef Lamer affirme que le raisonnement que je fais en l'espèce soulève indirectement la constitutionnalité du par. 4(6). Je préfère ne pas trancher la question en l'absence d'argumentation à cet égard, mais je ne suis pas d'accord avec l'affirmation voulant que les vues que j'exprime dans le présent cas ne peuvent être conciliées avec le par. 4(6). En dépit du

evidence, s. 4(6) may be justifiable. I will do no more than cite some possible reasons for its constitutionality, as stated by Cory J.A. (as he then was) in *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (Ont. C.A.), at pp. 538-39 in concluding that s. 4(6) indeed is consistent with the *Charter*:

[I]t could be said that s. 4(5) [now s. 4(6)] of the *Canada Evidence Act* constitutes a reasoned and considered legislative attempt to protect in a measured way the rights of the accused. By its provisions neither the judge nor the prosecutor can make any comment pertaining to the failure of the accused to testify if the accused has made such a decision. However, counsel for the accused is entitled to make an appropriate comment on the issue. For example, it might be explained to the jury that the case against the accused must be made out by the Crown which must bear the burden of proving all the essential elements of the offence beyond any reasonable doubt. Counsel can stress that there is no duty upon the accused to testify and that, rather, the obligation rests upon the Crown throughout the case to satisfy them beyond all reasonable doubt that the accused has indeed committed the crime with which he or she is charged.

As these comments are not inconsistent with my views in the present case, contrary to the remarks of Lamer C.J., it is not necessarily the case that my reasoning implies that s. 4(6) is unconstitutional.

Appellate Review Cases

In support of its contention that silence may be used to build the case against the accused, the appellant pointed to various appellate review cases involving s. 686 of the *Criminal Code*. Section 686(1)(b)(iii) is a curative provision; notwithstanding errors of law at the trial, if the court of appeal is satisfied that no miscarriage of justice occurred when the conviction was entered, the conviction will be upheld. In applying this curative provision, this Court has established that it is permissible for an appellate court to account for the silence of the accused. In *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657, Fauteux C.J. adopted the following

droit de garder le silence et de la présomption d'innocence, et donc de l'interdiction d'utiliser le silence comme élément de preuve inculpatoire, le par. 4(6) peut être justifié. Je me contenterai de citer certaines raisons susceptibles d'établir la constitutionnalité du par. 4(6), qu'a énoncées le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) dans *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (C.A. Ont.), aux pp. 538 et 539, en concluant que cette disposition est effectivement compatible avec la *Charte*:

[TRADUCTION] [I]l est possible d'affirmer que le par. 4(5) [maintenant 4(6)] de la *Loi sur la preuve au Canada* est une mesure législative raisonnée et réfléchie visant à protéger, de manière mesurée, les droits de l'accusé. De par l'effet de ses dispositions, ni le juge ni le poursuivant ne peuvent commenter le défaut de témoigner de l'accusé qui a pris une telle décision. Toutefois, l'avocat de l'accusé a le droit de faire des commentaires appropriés à cet égard. Par exemple, il pourrait expliquer au jury que ce qu'on reproche à l'accusé doit être établi par le ministère public, qui a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction. L'avocat peut souligner aux jurés le fait que l'accusé n'est pas tenu de témoigner, et qu'il incombe plutôt au ministère public, tout au long du procès, de les convaincre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a effectivement commis le crime qu'on lui reproche.

Comme ces commentaires ne sont pas inconciliables avec les vues que j'exprime dans le présent pourvoi, contrairement aux remarques du juge en chef Lamer, il ne s'ensuit pas nécessairement que mon raisonnement implique l'inconstitutionnalité du par. 4(6).

La jurisprudence en matière d'examen en appel

Au soutien de son argument que le silence peut être utilisé pour établir la culpabilité de l'accusé, l'appelante a fait état de divers arrêts en matière d'examen en appel fondés sur l'art. 686 du *Code criminel*. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) est une disposition réparatrice; malgré les erreurs de droit commises au procès, si la cour d'appel est convaincue qu'aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite quand la déclaration de culpabilité a été inscrite, celle-ci sera confirmée. Dans l'application de cette disposition réparatrice, notre Cour a établi qu'il est permis aux cours d'appel de tenir compte du silence de l'accusé. Dans *Avon c. La Reine*,

passage from *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (B.C.C.A.):

... the fact that the accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale in applying s. 1014(2).

Recently, this Court confirmed the relevance of the failure to testify to the decision to apply the curative provision in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393. In that case, McLachlin J. stated at p. 418 for the majority that:

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

See also *Ambrose c. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763.

Similarly, it has also been established that it is appropriate for an appellate court to account for the accused's failure to testify in assessing the reasonableness of the verdict under s. 686(1)(a)(i). In *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (Ont. S.C. App. Div.) (affirmed on largely procedural grounds by this Court, [1931] S.C.R. 421), Middleton J.A. stated at p. 36:

The accused gave no evidence; and, while this cannot be commented upon to the jury, it is a factor which must be considered by the Appellate Court. His failure to testify does not prove his guilt, but when the Court is by the statute required to dismiss an appeal unless it is satisfied that there was a miscarriage of justice, the failure of the accused to explain in any way facts which place a very heavy onus upon him cannot be ignored.

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

[1971] R.C.S. 650, à la p. 657, le juge en chef Fauteux a adopté le passage suivant de *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (C.A.C.-B.):

[TRADUCTION] ... que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpent, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'art. 1014(2).

Récemment, dans *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, notre Cour a confirmé la pertinence du défaut de témoigner en ce qui concerne la décision d'appliquer ou non la disposition réparatrice. Au nom de la majorité, le juge McLachlin a dit ceci, à la p. 418:

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

Voir aussi *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763.

De même, il a également été établi qu'une cour d'appel peut à bon droit tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé lorsqu'elle apprécie le caractère raisonnable du verdict en vertu du sous-al. 686(1)a)(i). Dans l'arrêt *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (C.S. Ont., Div. app.) (confirmé par notre Cour, en grande partie pour des motifs d'ordre procédural, [1931] R.C.S. 421), le juge Middleton a dit ce qui suit, à la p. 36:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné; et, bien que cela ne puisse pas faire le sujet de commentaires au jury, c'est un facteur que la cour d'appel doit examiner. Son défaut de témoigner ne prouve pas qu'il est coupable, mais quand la cour est obligée par la loi de rejeter l'appel, sauf si elle est convaincue qu'il y a eu erreur judiciaire, elle ne peut pas faire abstraction du défaut de l'accusé d'expliquer d'une façon ou d'une autre les faits qui font peser sur lui un fardeau très lourd.

On ne doit pas faire au jury de commentaires sur [le défaut de témoigner], mais la loi n'interdit pas aux jurés de faire preuve d'intelligence et de tenir compte de l'absence de démentie ou d'explication.

102

In considering the reasonableness of a verdict in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, Pigeon J. for the majority stated at pp. 280-81 that:

At the end of his reasons, Branca J.A. added:

.... The accused did not testify. He was under no duty to do so and was entitled to rely upon the presumption of innocence and the fact that the Crown had to prove his guilt beyond a reasonable doubt. *The fact that he did not testify* did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful *then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal.*

Assuming that the correctness of that statement is a question of law that may be considered on this appeal, I can find no reason for disagreeing with it. Section 4.5 [now s. 4(6)] of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

103

The appellant submitted that since it is permissible for appellate courts to consider silence in assessing the verdict, it must be permissible for the trier of fact to consider silence in reaching a verdict. In my view, the appellate review cases do not contradict the conclusion that silence may not be placed on the evidentiary scales, either by the trier of fact or by appellate courts. Rather, the cases hold that appellate courts, like triers of fact, may refer to the silence of the accused as indicative of the absence of an exculpatory explanation; silence is not inculpatory, but nor is it exculpatory. Nowhere do the appellate review cases outlined above explicitly state that silence may be used as a "make-weight" by the trier of fact, but there is

Examinant, dans *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, le caractère raisonnable d'un verdict, le juge Pigeon, qui s'exprimait au nom de la majorité, a déclaré ce qui suit, aux pp. 280 et 281:

À la fin de ses motifs, le Juge d'appel Branca a ajouté:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné. Il n'était absolument pas tenu de le faire et il avait le droit de s'appuyer sur la présomption d'innocence et le fait que la poursuite devait prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable. *Le fait qu'il n'a pas témoigné* n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel.

En présumant que l'exactitude de cet énoncé soit une question de droit qui peut être considérée dans le présent pourvoi, je ne trouve aucune raison de le contester. L'article 4.5 [maintenant le par. 4(6)] de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

L'appelante a soutenu que, puisqu'il est permis aux cours d'appel de tenir compte du silence lorsqu'elles apprécient le verdict, il doit être permis au juge des faits d'en tenir compte lorsqu'il le rend. À mon avis, la jurisprudence en matière d'examen en appel ne contredit pas la conclusion que le silence ne peut être considéré comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, que ce soit par le juge des faits ou par les cours d'appel. La jurisprudence établit plutôt que les cours d'appel, à l'instar du juge des faits, peuvent se référer au silence de l'accusé comme une indication de l'absence d'explication disculpatoire; le silence n'est pas inculpatoire, mais il n'est pas non plus disculpatoire. Nulle part dans la jurisprudence

wording that suggests that silence may be used simply in the limited sense of not providing an innocent explanation. In *Steinberg*, for example, the court stated that the accused's "failure to testify does not prove his guilt", but rather the absence of an innocent explanation may be a factor in assessing the reasonableness of the verdict in the face of strong inculpatory evidence. As noted above, in *Corbett*, the majority of this Court cited with approval the following statement of the Court of Appeal:

The accused did not testify. He was under no duty to do so and was entitled to rely upon the presumption of innocence and the fact that the Crown had to prove his guilt beyond a reasonable doubt. *The fact that he did not testify* did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal. [Underlining added.]

This passage, in my view, is entirely consistent with the analysis above. If the jury accepted as truthful the inculpatory evidence, the conviction was based not on the failure to testify but on the Crown's case, and the absence of an innocent explanation of the inculpatory evidence is a factor for the Court of Appeal to consider in assessing the reasonableness of this conclusion. The failure to testify was not used by the jury to find guilt beyond a reasonable doubt, but in the face of evidence which convinced the jury of guilt beyond a reasonable doubt subject only to the existence of an innocent explanation, the absence of an innocent explanation may be considered by the jury,

en matière d'examen en appel exposée précédemment il n'est dit explicitement que le silence peut être utilisé comme «complément de preuve» par le juge des faits, mais certains passages tendent à indiquer qu'il peut l'être simplement dans la mesure où il reflète l'absence d'explications tendant à établir l'innocence de l'accusé. Dans *Steinberg*, par exemple, la cour a dit que le [TRADUCTION] «défaut de témoigner [de l'accusé] ne prouve pas qu'il est coupable», mais l'absence d'explications tendant à établir son innocence peut être un facteur dans l'appréciation du caractère raisonnable du verdict quand la preuve inculpatoire est forte. Comme il a été souligné précédemment, dans *Corbett*, notre Cour à la majorité a cité et approuvé les observations suivantes de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné. Il n'était absolument pas tenu de le faire et il avait le droit de s'appuyer sur la présomption d'innocence et le fait que la poursuite devait prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable. *Le fait qu'il n'ait pas témoigné* n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel. [Je souligne.]

À mon avis, ce passage est tout à fait conciliable avec l'analyse qui précède. Si le jury a accepté comme vraie la preuve inculpatoire, la déclaration de culpabilité est fondée non pas sur le défaut de témoigner mais sur la preuve du ministère public, et l'absence d'explications tendant à établir l'innocence de l'accusé et réfutant cette preuve inculpatoire est un facteur dont la Cour d'appel doit tenir compte en appréciant le caractère raisonnable de cette conclusion. Le défaut de témoigner n'a pas été utilisé par le jury pour conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, à la lumière d'une preuve convainquant le jury de la culpabilité hors de tout doute raisonnable, sous réserve seulement de l'existence d'une explication tendant à établir l'innocence de l'accusé, l'absence d'une telle explication peut être prise en considération par le jury pour inscrire un verdict de culpabi-

and by an appellate court reviewing the jury's decision, in entering or upholding a conviction.

104

In *Leaney*, McLachlin J. simply stated that the "court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime" (p. 418). Again, in my view, this passage is not inconsistent with the above analysis. The appellate court, and the trier of fact, may consider the silence of the accused as failing to provide an innocent explanation for the existence of otherwise convincing inculpatory evidence.

lité, ainsi que par la cour d'appel examinant la décision de celui-ci pour confirmer ce verdict.

Dans *Leaney*, le juge McLachlin a dit simplement que la «cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relient au crime» (p. 418). Encore une fois, à mon avis, ce passage n'est pas incompatible avec l'analyse faite précédemment. La cour d'appel et le juge des faits peuvent considérer le silence de l'accusé comme une omission de donner une explication tendant à l'innocenter et à expliquer l'existence d'éléments de preuve inculpatoires par ailleurs convaincants.

105

In summary, in my view, the cases indicate that the trier of fact and the appellate court reviewing the decision of the trier of fact cannot use the failure to testify as a piece of evidence in itself suggestive of guilt. I note in support of this reading of the case law that McLachlin J. in the majority in *François* at p. 835 cited, amongst other cases, *Corbett* as supporting the conclusion that "failure to testify cannot be used to shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt".

En résumé, je suis d'avis qu'il ressort de la jurisprudence que le juge des faits et la cour d'appel qui examine la décision de ce dernier ne peuvent pas utiliser le défaut de témoigner en tant qu'élément de preuve indicatif en soi de la culpabilité. Pour étayer cette interprétation de la jurisprudence, je ferai remarquer que, dans *François*, à la p. 835, le juge McLachlin, s'exprimant pour la majorité, a notamment cité l'arrêt *Corbett* au soutien de la conclusion, que «l'omission de témoigner ne peut pas servir à consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable».

106

In any event, the principles generally governing appellate review are not necessarily identical to those governing the trial. At trial, the accused is presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*, but this section does not establish a presumption of innocence in other proceedings such as appeals. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J. stated at p. 353:

[T]he phrase "Any person charged with an offence" in the opening words of the section [s. 11 of the *Charter*] must be given a constant meaning that harmonizes with the various paragraphs of the section. It seems clear to me that for the purposes of s. 11 it would be quite inappropriate to conclude that a convicted person is charged with an offence when confronted with a Part XXI application. How can it be said that the right to the presumption of innocence until proven guilty (s. 11(d)) and the right to bail (s. 11(e)), for example, could have any application in the context of the unique post-conviction

Quo qu'il en soit, les principes qui régissent de façon générale l'examen en appel ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui régissent le procès. Au procès, l'accusé est présumé innocent aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*, mais cet article n'établit pas la présomption d'innocence dans d'autres procédures comme les appels. Dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest a dit ceci, à la p. 353:

[O]n doit prêter à l'expression «Tout inculpé», au début de l'article, un sens fixe qui soit en harmonie avec les différents alinéas de cet article. Il me paraît évident qu'aux fins de l'art. 11 il ne siérait pas du tout de conclure qu'une personne reconnue coupable d'une infraction se voit inculper d'une autre infraction lorsqu'elle fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI. Comment peut-on prétendre que le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable (al. 11d)) et le droit d'être mis en liberté sous caution (al. 11e)), par exemple, pourraient jouer dans le contexte de la pro-

proceeding mandated by Part XXI? [Emphasis in original.]

In part on the basis of this passage, the majority concluded in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 908 that "as a general rule '[a]ny person charged' under s. 11 does not include an accused person who is party to an appeal". As Lamer C.J. had earlier stated in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 683, "[s]ection 11(d) of the *Charter* sets out the presumption of innocence in the context of its operation at the trial of an accused person".

Thus, the presumption of innocence in s. 11(d) does not operate at the appeal level. However, the presumption of innocence is also found in s. 7 of the *Charter* and extends to other stages of the criminal process: see *Pearson, supra*, and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. For example, Lamer C.J. concluded in *Pearson* that while *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, which held that the existence of aggravating factors must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt at a sentencing hearing, was not a *Charter* case, the principle of the presumption of innocence found in s. 7 would almost certainly confirm the correctness of that decision. While Lamer C.J. for the majority in *Pearson* set out that the presumption of innocence in s. 7 pervades the criminal process, he added at p. 684:

As the majority of this Court (*per* La Forest J.) noted in *R. v. Lyons*, [*supra*], at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

This is true with respect to the presumption of innocence as a substantive principle of fundamental justice within s. 7 of the *Charter*. While the presumption is pervasive in the criminal process, its particular requirements will vary according to the context in which it comes to be applied. [Emphasis added.]

cédures spéciales prévues à la partie XXI pour des cas où il y a déjà eu déclaration de culpabilité? [Souligné dans l'original.]

S'appuyant en partie sur ce passage, notre Cour à la majorité a conclu dans *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 908, «qu'en règle générale l'expression «[t]out inculpé» au sens de l'art. 11 ne vise pas un accusé qui est partie à un appel». Comme le juge en chef Lamer l'avait dit auparavant, dans *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, à la p. 683, «[l']alinéa 11d) de la *Charte* énonce la présomption d'innocence dans le contexte de son application au procès de l'inculpé».

Ainsi, la présomption d'innocence garantie à l'al. 11d) ne s'applique pas en appel. Toutefois, la présomption d'innocence est également protégée à l'art. 7 de la *Charte* et s'applique aux autres étapes du processus pénal: voir *Pearson*, précité, et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711. Dans *Pearson*, par exemple, le juge en chef Lamer a conclu que, même si la *Charte* n'avait pas été invoquée dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, où il a été décidé que le ministère public doit, au moment de la détermination de la peine, faire la preuve hors de tout doute raisonnable des circonstances aggravantes, le principe de la présomption d'innocence protégé à l'art. 7 confirmerait presque certainement le bien-fondé de cette décision. Quoique le juge en chef Lamer ait affirmé dans *Pearson*, au nom de la majorité, que la présomption d'innocence garantie à l'art. 7 est omniprésente dans le processus pénal, il a ajouté ceci, à la p. 684:

Comme notre Cour, à la majorité (le juge La Forest), l'a fait observer dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [précité], à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Cela est vrai en ce qui a trait à la présomption d'innocence en tant que principe de fond de la justice fondamentale dans le cadre de l'art. 7 de la *Charte*. Certes, la présomption est omniprésente dans le processus pénal, mais ses exigences particulières varient selon le contexte dans lequel elle est appliquée. [Je souligne.]

108

In my view, the presumption of innocence does not operate with the same vigour in the context of an appeal of a conviction as it does at trial. After the guilty verdict has been entered, it is no longer incumbent on the Crown to establish guilt — that guilt having already been proved beyond a reasonable doubt — rather it is incumbent on the appellant to demonstrate an error at trial. In such a context, the presumption of innocence is not applied in the same manner as it is at trial. In support of this conclusion, I note that provincial appellate courts have consistently held that in hearing applications for interim judicial release pending the hearing of an appeal of a conviction, the presumption of innocence does not operate in favour of such release. In *R. v. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370, Finch J.A. of the British Columbia Court of Appeal stated for the court at p. 375 that:

[T]he presumption of innocence in favour of the accused before and during trial is extinguished upon conviction by proof beyond reasonable doubt of the accused's guilt. The conviction indicates that the Crown has successfully rebutted the presumption of innocence. While any verdict may be overturned on appeal, a conviction nevertheless replaced the presumption of innocence with the presumption of guilt. There is no reason to regard the appellant's guilt as being held in a state of suspension during the appeal process.

See also *R. v. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23 (C.A.); *R. v. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381 (Ont. C.A.); *R. v. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. v. Albert* (1987), 77 N.B.R. (2d) 269 (C.A.); *R. v. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324 (Sask. C.A.).

109

I conclude that the presumption of innocence under s. 7 in the context of an appeal of a conviction, if it applies at all, does not operate with the same force as it does in the setting of a trial. Moreover, the right to silence does not have the same meaning on appeal. At the appellate stage, a conviction has previously been entered. Regardless of the use of silence by the appellate court in exercising its discretion to confirm the conviction or order a new trial, the conviction will not be reached on the basis of the silence of the accused,

Je suis d'avis que, dans le cadre de l'appel d'une déclaration de culpabilité, la présomption d'innocence ne s'applique pas avec la même force qu'au procès. Après l'inscription du verdict de culpabilité, le ministère public n'a plus à établir la culpabilité — celle-ci ayant déjà été prouvée hors de tout doute raisonnable —, mais il incombe plutôt à l'appelant de montrer qu'une erreur a été commise au procès. Dans un tel contexte, la présomption d'innocence n'est pas appliquée de la même manière qu'au procès. À l'appui de cette conclusion, je souligne que les cours d'appel provinciales ont statué de façon constante que, dans le cadre de l'audition de demandes de mise en liberté provisoire pendant l'appel de la déclaration de culpabilité, la présomption d'innocence ne joue pas en faveur de la mise en liberté. Dans *R. c. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370, le juge Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit ceci, au nom de la cour, à la p. 375:

[TRADUCTION] [L]a présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé avant et durant le procès cesse d'exister lorsqu'il est déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. Cette déclaration de culpabilité indique que le ministère public a réussi à réfuter la présomption d'innocence. Quoique tout verdict puisse être infirmé en appel, la déclaration de culpabilité a fait en sorte qu'une présomption de culpabilité a remplacé la présomption d'innocence. Il n'y a aucune raison de considérer la culpabilité de l'accusé comme suspendue durant le processus d'appel.

Voir aussi *R. c. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23 (C.A.); *R. c. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381 (C.A. Ont.); *R. c. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. c. Albert* (1987), 77 R.N.-B. (2^e) 269 (C.A.); *R. c. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Sask.).

Je conclus que la présomption d'innocence garantie à l'art. 7 dans le contexte de l'appel d'une déclaration de culpabilité, si tant est qu'elle s'applique, n'a pas la même force que dans le cadre d'un procès. De plus, le droit de garder le silence n'a pas le même sens en appel. À cette étape, une déclaration de culpabilité a déjà été inscrite. Indépendamment de l'utilisation par la cour d'appel du silence de l'accusé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour confirmer la déclaration de culpabilité ou ordonner un nouveau procès, le

rather the presumption of guilt established by the guilty verdict will not be dislodged. Thus, even if the appellate review cases go farther than suggesting that silence may be accounted for by the court of appeal only in the limited sense of confirming the absence of innocent explanations, the principles applying to appellate review are not necessarily those that apply to a trial. At trial, which is the context with which the present appeal is concerned, not appellate review, the presumption of innocence and the right to silence are of paramount importance. Moreover, recent case law, particularly *François* and *Lepage*, is clear that, at trial, silence cannot be used as a piece of inculpatory evidence. Consequently, even if cases have held that courts of appeal may refer to silence as a factor in assessing the reasonableness of the verdict or in deciding whether to apply the curative provision, this does not alter the conclusion that at trial silence cannot be used as a piece of inculpatory evidence. I leave for another day any final conclusion as to whether the appellate review cases were correct insofar as they implied that silence may be treated as a make-weight by an appellate court.

Alibi Cases

The appellant submitted that *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, held that silence could be treated as a "make-weight". In *Vézeau*, this Court considered the significance of the failure to testify in the context of a defence of alibi. In that case, the defence was alibi, but the accused did not testify. In giving his instructions to the jury, the judge said that they could not draw any conclusion unfavourable to the accused from the fact that he had not testified. The majority of this Court held that, aside from the prohibition of comment on the failure of the accused to testify set out in the *Canada Evidence Act*, it was an error of law for

verdict de culpabilité n'est pas confirmé sur la foi du silence, c'est plutôt la présomption de culpabilité établie par le verdict qui n'est pas écartée. Par conséquent, même si la jurisprudence en matière d'examen en appel ne se limite pas à indiquer que le silence ne peut être pris en compte par la cour d'appel que dans la mesure où il confirme l'absence d'explications tendant à établir l'innocence de l'accusé, les principes applicables à l'examen en appel ne sont pas nécessairement ceux qui s'appliquent au procès. Au procès, c'est-à-dire le contexte visé par le présent pourvoi, et non l'examen en appel, la présomption d'innocence et le droit de garder le silence ont une importance primordiale. Qui plus est, des arrêts récents, particulièrement *François* et *Lepage*, indiquent clairement que, au procès, le silence ne peut être utilisé comme élément de preuve inculpatoire. En conséquence, même s'il a été jugé, dans des arrêts récents, que les cours d'appel peuvent considérer le silence comme un facteur à prendre en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable du verdict ou dans leur décision d'appliquer la disposition réparatrice, cela ne change rien à la conclusion selon laquelle, au procès, le silence ne peut pas être utilisé en tant qu'élément de preuve inculpatoire. La réponse définitive à la question de savoir si les arrêts en matière d'examen en appel étaient bien fondés, dans la mesure où ils suggéraient que le silence de l'accusé peut être considéré comme complément de preuve par une cour d'appel, sera donnée à une autre occasion.

La jurisprudence en matière d'alibi

L'appelante a soutenu que, dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, notre Cour avait décidé que le silence de l'accusé pouvait être considéré comme un «complément de preuve». Dans cet arrêt, notre Cour a examiné l'importance du défaut de témoigner dans le contexte d'une défense d'alibi. Dans cette affaire, l'accusé avait présenté une défense d'alibi, mais il n'avait pas témoigné. Dans ses directives aux jurés, le juge leur avait dit qu'ils ne pouvaient pas tirer de conclusion défavorable du fait que l'accusé n'avait pas témoigné. Notre Cour à la majorité a statué que, indépendamment de l'interdiction de faire des commentaires

the trial judge to instruct the jury that they could not consider the absence of testimony by the accused in assessing the alibi. Martland J. stated on behalf of the majority at p. 292 that:

It was part of the appellant's defence to the charge that he could not have committed the offence because he was in Montreal when the murder occurred. Proof of this alibi was tendered by a witness who claimed to have been with the appellant in Montreal. The direction of the trial judge precluded the jury, when considering this defence, from taking into consideration the fact that the appellant had failed to support his alibi by his own testimony. The failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence. The jury, in this case, was instructed that they could not take that fact into account in reaching their verdict.

¹¹¹ In my view, *Vézeau* set out a narrow exception to the impermissibility of using silence to build the case against the accused at trial. It has clearly been recognized in other contexts that alibi defences create exceptions to the right to silence. For example, while the accused generally has a right to silence during the investigative stage of a criminal proceeding, if an alibi defence is not disclosed in a sufficiently particularized form at a sufficiently early time to permit the police to investigate it prior to trial, the trier of fact may draw an adverse inference from the accused's pre-trial silence: see *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175. Such a rule is one of expediency: see *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (B.C.C.A.). It is based upon the relative ease with which an alibi defence can be fabricated. As Major J. stated in dissent, but for the Court on this point, in *Cleghorn* at pp. 188-89:

The principal reason for drawing an adverse inference against alibi evidence in the absence of adequate notice to the Crown is because such evidence can readily be fabricated. This potential problem with alibi evidence is discussed by R. N. Gooderson in his text *Alibi* (1977), at pp. 29-30:

au sujet du défaut de témoigner de l'accusé énoncée dans la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge du procès avait commis une erreur de droit en disant au jury de ne pas tenir compte de l'absence de témoignage par l'accusé dans l'appréciation de la valeur de la défense d'alibi. Le juge Martland a dit ceci, au nom de la majorité, à la p. 292:

Dans sa défense, l'appelant soutenait notamment qu'il ne pouvait avoir commis l'infraction en question parce qu'il était à Montréal au moment du meurtre. Cet alibi a été corroboré par un témoin qui prétend avoir été en compagnie de l'appelant à Montréal. La directive du juge du procès se trouvait à interdire au jury, lorsque celui-ci examinait la valeur de cette défense, de tenir compte du fait que l'appelant n'était pas venu témoigner lui-même à l'appui de son alibi. Le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre ainsi à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de ce moyen de défense. En l'espèce, on a dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte de ce fait dans ses délibérations.

À mon avis, l'arrêt *Vézeau* établit une exception limitée à l'interdiction d'utiliser le silence de l'accusé en preuve contre lui au procès. Il a clairement été reconnu, dans d'autres contextes, que la défense d'alibi crée des exceptions au droit de garder le silence. Par exemple, bien que l'accusé ait généralement le droit de garder le silence durant l'étape de l'enquête criminelle, si une défense d'alibi n'est pas avancée d'une manière suffisamment précise et suffisamment tôt pour que la police puisse la vérifier avant le procès, le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable du silence de l'accusé à ce moment: voir *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175. Il s'agit d'une règle d'ordre pratique: voir *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (C.A.C.-B.). Elle est fondée sur la facilité relative avec laquelle une défense d'alibi peut être fabriquée. Comme l'a affirmé le juge Major, dissident, mais exprimant l'opinion de la Cour sur ce point, dans *Cleghorn*, aux pp. 188 et 189:

La principale raison pour laquelle on tire une conclusion défavorable contre la preuve de l'alibi en l'absence d'avis suffisant au ministère public est que cette preuve peut facilement être fabriquée. Ce risque potentiel pour ce qui est de la preuve relative à l'alibi est analysé par R. N. Gooderson dans son ouvrage intitulé *Alibi* (1977), aux pp. 29 et 30:

It must be conceded that there is good reason to look at alibi evidence with care. It is a defence entirely divorced from the main factual issue surrounding the *corpus delicti*, as it rests upon extraneous facts, not arising from the *res gestae*. The essential facts of the alleged crime may well be to a large extent incontrovertible, leaving but limited room for manoeuvre whether the defendant be innocent or guilty. Alibi evidence, by its very nature, takes the focus right away from the area of the main facts, and gives the defence a fresh and untrammeled start. It is easy to prepare perjured evidence to support it in advance.

The potential for the fabrication of alibi evidence requires that a negative inference may be drawn against such evidence where the alibi defence is not disclosed in sufficient time to permit investigation. Nevertheless, it must be remembered that the requirement that an alibi defence be disclosed to the Crown prior to trial is an exception to the accused's right of silence: see *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 578, *per* Lamer C.J., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 516, *per* Iacobucci J.

In my view, there are two reasons supporting the alibi exception to the right to silence pre-trial which apply also to the right to silence at trial: the ease with which alibi evidence may be fabricated; and the diversion of the alibi inquiry from the central inquiry at trial. As Gooderson stated, alibi evidence is easily fabricated through the use of perjuring witnesses. I am therefore sympathetic to the view expressed in *Vézeau* that in the limited case of alibi, the failure of the accused at trial to testify and expose him- or herself to cross-examination on the alibi defence may be used to draw an adverse inference about the credibility of the defence. A second reason to permit such a limited exception to the right to silence at trial is that the alibi defence is not directly related to the guilt of the accused; as Gooderson put it, "[a]libi evidence, by its very nature, takes the focus right away from the area of the main facts". Rejecting the alibi defence does not build the case for the Crown in the sense of proving the existence of the required elements of the offence in question, but rather negatives an affirmative defence actively put forward by the accused. Using silence to inform the trier of fact's assessment of the credibility of the accused's

[TRADUCTION] Il faut reconnaître qu'il y a une bonne raison de traiter la preuve de l'alibi avec prudence. C'est une défense totalement distincte de la question factuelle principale qui entoure le *corpus delicti* puisqu'elle repose sur des faits extérieurs qui ne procèdent pas de la *res gestae*. Les faits essentiels du crime présumé peuvent fort bien, dans une large mesure, être incontestables, ne laissant qu'une faible marge de manœuvre quant à savoir si le défendeur est innocent ou coupable. La preuve d'un alibi, de par sa nature même, déplace complètement le débat des faits principaux pour offrir à la défense un nouveau départ sans entraves. Il est facile de fabriquer à l'avance un faux témoignage pour l'étayer.

En raison du risque que la preuve de l'alibi soit fabriquée, il faut pouvoir tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Il faut néanmoins se rappeler que l'exigence de communiquer la défense d'alibi au ministère public avant le procès est une exception au droit de l'accusé de garder le silence: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 578, le juge en chef Lamer, *R. c. S (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 516, le juge Iacobucci.

À mon avis, il y a deux raisons qui justifient, dans le cas de l'alibi, l'exception au droit de garder le silence avant le procès, et qui s'appliquent également à ce droit au procès: la facilité avec laquelle la preuve d'un alibi peut être fabriquée; le fait que la vérification de l'alibi déplace le débat de la question centrale du procès. Pour reprendre les observations de Gooderson, il est facile de fabriquer une preuve d'alibi par de faux témoignages. Je suis donc bien disposé à l'idée exprimée dans *Vézeau* que, dans le cas limité de l'alibi, le défaut de l'accusé de témoigner au procès et de se soumettre à un contre-interrogatoire au sujet de sa défense d'alibi peut être utilisé pour tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de cette défense. La seconde raison qui justifie une exception limitée au droit de garder le silence au procès est que la défense d'alibi n'a pas de lien direct avec la culpabilité de l'accusé; comme le dit Gooderson, [TRADUCTION] «[I]l a preuve d'un alibi, de par sa nature même, déplace complètement le débat des faits principaux». Le fait de repousser la défense d'alibi ne renforce pas la preuve du ministère public, en ce sens que cela prouverait l'existence des éléments constitutifs de l'infraction, mais

affirmative defence of alibi simply goes to the alibi defence itself.

113

For these reasons, in my view *Vézeau* can be analyzed on the basis of a limited exception to the right to silence at trial. While in general the failure to testify cannot be used to assess credibility of witnesses (see *Schwartz, supra*), in the case where the defence of alibi is advanced, the trier of fact may draw an adverse inference from the failure of the accused to testify and subject him- or herself to cross-examination. While it must be conceded that this exception does undermine to a limited extent the presumption of innocence and the right to silence, it has a long and uniform history predating the *Charter* and must be taken to have been incorporated into the principles of fundamental justice in s. 7.

il réfute plutôt un moyen de défense précis plaidé par l'accusé. L'utilisation du silence par le juge des faits dans son appréciation de la crédibilité de la défense d'alibi de l'accusé ne concerne que la défense d'alibi elle-même.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il est permis d'affirmer que l'arrêt *Vézeau* n'établit qu'une exception limitée au droit de garder le silence au procès. Même si, en général, le défaut de témoigner ne peut être utilisé pour apprécier la crédibilité des témoins (voir *Schwartz*, précité), dans les cas où une défense d'alibi est avancée, le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable du défaut de l'accusé de témoigner et de se soumettre à un contre-interrogatoire. Quoiqu'il faille reconnaître que cette exception porte effectivement atteinte, dans une mesure restreinte, à la présomption d'innocence et au droit de garder le silence, elle est reconnue depuis longtemps et ce de façon constante, reconnaissance qui remonte à bien longtemps avant l'adoption de la *Charte*, et elle doit être tenue pour intégrée aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7.

Application of the Principles to the Present Appeal

114

The latter discussions above of the principles governing appellate review and those governing alibi defences arose in response to the appellant's citation of the cases in its submissions. In my view, however, the principles governing appellate review and alibi are not relevant to the disposition of the present appeal. The principle which is applicable to the present case is simply that the failure to testify cannot be placed on the evidentiary scales by the trier of fact. If the trial judge erred in this respect, in my view such an error would imply that the Court of Appeal was correct to order a new trial. I note that the appellant did not raise the possibility of applying the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

L'application des principes au présent pourvoi

L'examen qui vient d'être fait des principes qui régissent l'examen en appel et de ceux qui régissent la défense d'alibi visait à répondre aux prépositions de l'appelante fondée sur la jurisprudence dont elle a fait état dans ses observations. À mon avis, toutefois, ces principes ne sont pas pertinents pour trancher le présent pourvoi. Le principe qui s'applique en l'espèce est simplement que le juge des faits ne peut pas considérer le défaut de témoigner comme un élément de preuve dont il doit apprécier la force probante. Si le juge des faits a commis une erreur à cet égard, cette erreur implique, à mon sens, que la Cour d'appel a eu raison d'ordonner un nouveau procès. Je souligne que l'appelante n'a pas invoqué la possibilité d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

115

The trial judge was somewhat unclear in setting out his reasons for conviction. He first noted the evidence of the licence and apparently accepted both that the person on the licence was the

Le juge du procès n'a pas énoncé clairement les motifs pour lesquels il a déclaré l'accusé coupable. Il a d'abord fait état de la preuve relative au permis et il a apparemment accepté, d'une part, que la

accused, and that it was the accused who handed it to the apartment manager. The trial judge stated that:

I say that the issue is, can I be satisfied beyond a reasonable doubt on that evidence that the man that the manager dealt with based on his looking at the photograph and the driver's licence and having the photograph before me, is the same person. My answer is yes, I can be.

I go further than that.

The trial judge then reviewed the implications of the failure to testify. He noted the evidence of the licence and stated that:

[The accused's] failure to make any comment, his failure to testify at his trial with that overwhelming evidence, in my opinion, falls within this very recent case law where the failure to testify may be considered by the trier of fact, by the Court, particularly, where a judge is sitting alone, less so with a jury and may, in effect, result in almost an adverse inference but certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identification in this case. [Emphasis added.]

He continued:

I am satisfied on the issue of identification beyond a reasonable doubt for those reasons. . . .

On balance, it appears to me that the trial judge used the failure to testify as evidence going to identification which permitted him to reach a belief in guilt beyond a reasonable doubt. Indeed, he stated explicitly that the failure to testify "certainly may add to the weight of the Crown's case" and concluded by finding guilt on the basis of "those reasons", which appeared to include the discussion of the failure to testify. In light of these statements, when the trial judge stated that he "can be" satisfied on the identity issue prior to discussing the failure to testify, in my view he indicated that the evidence before him was consistent with proof of identity, and the failure to testify took belief in identity beyond a reasonable doubt. In

personne photographiée sur le permis était l'accusé et, d'autre part, que c'était ce dernier qui avait remis le permis au gérant de l'immeuble. Le juge du procès a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Je dis que la question est la suivante: puis-je être convaincu hors de tout doute raisonnable, sur la foi de cette preuve, que l'individu auquel le gérant a eu affaire, selon la photographie et le permis de conduire qu'il a examinés, et celle que je vois sur la photographie, sont la même personne? Je réponds: Oui, je peux l'être.

J'irais plus loin encore.

Le juge du procès a analysé ensuite les conséquences du défaut de témoigner. Il a fait état de la preuve fondée sur le permis et a dit ceci:

[TRADUCTION] [Le] défaut [de l'accusé] de faire quelque observation, son défaut de témoigner à son procès devant cette preuve accablante, à mon avis, est visé par la jurisprudence très récente selon laquelle le défaut de témoigner peut être pris en compte par le juge des faits, par le tribunal, en particulier par un juge sans jury, moins toutefois quand il siège avec un jury, et peut, de fait, entraîner pratiquement une conclusion défavorable, et il peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification. [Je souligne.]

Il a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la question de l'identification, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable pour ces motifs . . .

En définitive, il me semble que le juge du procès a considéré le défaut de témoigner comme un élément de preuve touchant l'identification qui lui a permis d'établir sa conviction que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable. En effet, il a dit explicitement que le défaut de témoigner

[TRADUCTION] «peut certainement renforcer la preuve du ministère public», et il a terminé en concluant à la culpabilité «pour ces motifs», lesquels semblaient inclure l'examen du défaut de témoigner. À la lumière des déclarations du juge du procès, lorsque celui-ci a affirmé, avant d'examiner le défaut de témoigner, [TRADUCTION] «je peux [...] être» convaincu de l'identité, il a alors indiqué, à mon avis, que la preuve qui lui avait été présentée constituait une preuve d'identité et que le défaut de témoigner dissipait tout doute raisonnable à cet

any event, I agree with McEachern C.J.B.C. when he stated (at p. 169):

I am not persuaded that the trial judge did not rely upon the failure of the accused to give evidence and it would be unsafe to consider the case on any other basis.

As the British Columbia Court of Appeal stated in *R. v. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225, in similar circumstances, it would be dangerous to uphold the present conviction in light of the uncertainty surrounding the reasons of the trial judge.

117 Thus, in my view, the trial judge should be taken to have partially relied upon the accused's failure to testify in reaching his belief in guilt beyond a reasonable doubt. Given my conclusion that such reasoning constituted an error of law, I would dismiss the appeal and confirm the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial.

The following are the reasons delivered by

118 MCLACHLIN J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice that this appeal should be allowed. I add only this.

119 The difference between the positions adopted by Lamer C.J. and Sopinka J. turns on a different conception of the case to meet. It is resolved in favour of the view taken by the Chief Justice, to my mind, by the fact that the Crown establishes a case to meet only when it adduces evidence which, if believed, would establish proof beyond a reasonable doubt. In short, "the Crown must prove its case before there can be any expectation that [the accused] will respond": E. Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), 335, at p. 359, cited in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357. At the end of the trial, a second question arises: whether the trier of fact should believe the Crown's evidence. At this second stage, in deciding what evidence to believe, the judge or jury may consider the failure of the

égard. Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec les propos suivants du juge en chef McEachern (à la p. 169):

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu que le juge du procès ne s'est pas appuyé sur le défaut de témoigner de l'accusé et il serait imprudent d'examiner l'affaire sous quelque autre angle.

Comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225, dans des circonstances analogues, il serait dangereux de confirmer la présente déclaration de culpabilité vu l'incertitude qui existe quant aux motifs du juge du procès.

En conséquence, je suis d'avis que le juge du procès s'est appuyé en partie sur le défaut de témoigner de l'accusé pour arriver à la conviction que ce dernier était coupable hors de tout doute raisonnable. Vu ma conclusion qu'un tel raisonnement constituait une erreur de droit, je rejette le pourvoi et je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Je suis d'accord avec le Juge en chef que le pourvoi devrait être accueilli. J'ajouterais simplement ceci.

La différence entre la position du juge en chef Lamer et celle du juge Sopinka repose sur une conception différente de la notion de preuve complète. À mon avis, l'opinion du Juge en chef est préférable du fait que le ministère public n'établit une preuve complète que lorsqu'il présente des éléments qui, si on y ajoute foi, constituent une preuve hors de tout doute raisonnable. En somme, «la Couronne [est] obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de [l']accusé»: E. Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. Beaudouin et W. S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 417, à la p. 448, cité dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357. À la fin du procès, une seconde question se pose: le juge des faits devrait-il ajouter foi à la preuve du ministère public? À cette seconde étape, pour décider à quelle preuve il

accused to adduce evidence contradicting the Crown's evidence. This is unavoidable: it is impossible to evaluate evidence without considering whether it has been contradicted or stands alone. Thus, as stated in the High Court of Australia in *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217, at p. 229, *per* Mason C.J., and Deane and Dawson JJ., the failure of the accused to give evidence can "bear upon the probative value of the evidence which has been given and which the jury is required to consider".

In summary, the matter must be viewed in two stages. The first question is whether the Crown has adduced evidence which, if believed, would support a conviction, i.e. prove guilt beyond a reasonable doubt. This is the case to meet. The second question is whether the trier of fact should believe the Crown's evidence. At this second stage, and only at this second stage, the judge or jury may consider the absence of evidence contradicting the Crown's case to meet, including the accused's failure to testify. Any conviction will be based on the Crown's unchallenged evidence. To say that an inference has been drawn from the accused's failure to testify is only to say that the Crown's evidence stands unchallenged. This does not violate the accused's right to silence or presumption of innocence.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and LA FOREST, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: William F. Ehrcke, Vancouver.

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

doit ajouter foi, le juge ou le jury peut tenir compte du fait que l'accusé n'a pas présenté de preuve contredisant celle du ministère public. C'est inévitable: il est impossible d'apprécier la preuve sans se demander si elle a été contredite ou non. Ainsi, comme l'a dit la Haute Cour d'Australie dans *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217, à la p. 229, le juge en chef Mason et les juges Deane et Dawson, le défaut de l'accusé de témoigner peut seulement [TRADUCTION] «être pris en considération pour apprécier la valeur probante de la preuve qui a été produite et que le jury est tenu d'examiner».

En résumé, l'affaire doit être considérée en deux étapes. La première question est de savoir si le ministère public a présenté une preuve qui, si on y ajoute foi, appuierait une déclaration de culpabilité, c.-à-d. prouverait la culpabilité hors de toute raisonnable. C'est la preuve complète. La deuxième question est de savoir si le juge des faits devrait ajouter foi à la preuve du ministère public. À cette seconde étape, et seulement à cette seconde étape, le juge ou le jury peut tenir compte de l'absence de preuve contredisant la preuve complète du ministère public, y compris du défaut de l'accusé de témoigner. Toute déclaration de culpabilité sera fondée sur la preuve non contestée du ministère public. Affirmer qu'une conclusion a été tirée du défaut de l'accusé de témoigner revient seulement à dire que la preuve du ministère public n'a pas été contestée. Cela ne viole ni le droit de l'accusé de garder le silence, ni la présomption d'innocence.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: William F. Ehrcke, Vancouver.

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