

Lawrence Wilburn Corbett *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CORBETT

File No.: 19220.

1987: March 2, 3; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Examination of accused as to previous convictions — Accused charged with murder — Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence — Whether s. 12(1) of the Canada Evidence Act inconsistent with s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Evidence — Witnesses — Credibility — Examination of accused as to previous convictions — Accused charged with murder — Previous conviction of a similar nature to offence charged admitted into evidence — Whether trial judge had discretion to exclude prejudicial evidence of previous conviction — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12(1).*

In January 1983, the accused was charged with first degree murder in respect of the death of one of his associates in the drug trade. At trial, credibility was a crucial issue. The accused denied any involvement in the killing and attacked the credibility of the Crown's witnesses who identified him as the killer. He elected to testify and his counsel sought to prevent the Crown from cross-examining the accused on his previous record under s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*. This section provides that a witness, which includes an accused where he chooses to testify, may be questioned as to whether he has been convicted of any offence. Counsel contended that to permit cross-examination and proof of

Lawrence Wilburn Corbett *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CORBETT

N° du greffe: 19220.

c

1987: 2, 3 mars; 1988: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

d

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures — Accusation de meurtre — Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée — Le paragraphe 12(1) de la Loi sur la preuve au Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

f

*Preuve — Témoins — Crédibilité — Interrogatoire de l'accusé relativement à ses condamnations antérieures — Accusation de meurtre — Admission en preuve d'une condamnation antérieure pour une infraction semblable à celle imputée — Le juge du procès avait-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve préjudiciable d'une condamnation antérieure? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 12(1).*

h

En janvier 1983, l'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré relativement au décès de l'un de ses associés dans le trafic de stupéfiants. Au procès, la crédibilité était une question cruciale. L'accusé a nié toute participation au meurtre et a attaqué la crédibilité des témoins à charge qui l'avaient identifié comme étant le meurtrier. Il a choisi de témoigner et son avocat a tenté d'empêcher la poursuite de le contre-interroger au sujet de son casier judiciaire en vertu du par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cet article prévoit qu'un témoin, ce qui comprend un accusé qui choisit de témoigner, peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction. L'avo-

\* Estey J. took no part in the judgment.

\* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement.

the accused's previous convictions, in particular a previous conviction of non-capital murder, was so highly prejudicial that it would infringe on his *Charter* right to a fair trial. The trial judge rejected the argument. To minimize the adverse effect of a cross-examination as to his criminal record, the accused admitted in his examination-in-chief that he had been convicted in 1954 of armed robbery, escaping custody, theft and breaking and entering, and in 1971 of non-capital murder. In his charge, the trial judge warned the jury not to use the criminal record of the accused for any purpose other than credibility. The accused was found guilty of second degree murder and the Court of Appeal dismissed his appeal from conviction. This appeal is to determine whether the accused was deprived of his right to a fair hearing guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by reason of the introduction of evidence of his earlier conviction for non-capital murder.

*Held* (La Forest J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Beetz and Lamer JJ.: Section 12 of the *Canada Evidence Act* does not violate the guarantee contained in s. 11(d) of the *Charter*. The effect of s. 12 is merely to permit the Crown to adduce evidence of prior convictions as they relate to credibility. The burden of proof remains upon the Crown and the introduction of prior convictions creates no presumption of guilt nor does it create a presumption that the accused should not be believed. The prior convictions are simply evidence for the jury to consider, along with everything else, in assessing the credibility of the accused.

Section 12 also does not deprive the accused of a "fair" trial in the sense that the introduction of such evidence would divert the jury from the task of deciding the case on the basis of admissible evidence legally relevant to the proof of the charge faced by the accused. There is perhaps a risk that the jury may use the evidence of prior convictions for an improper purpose, but to conceal the prior criminal record of an accused who testifies would deprive the jury of information relevant to credibility, and create a much more serious risk that the jury will be presented with a misleading picture. The best way to balance and alleviate these risks

cat a soutenu que permettre de procéder à un contre-interrogatoire relativement aux condamnations antérieures de l'accusé et, en particulier, relativement à une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié, et de faire la preuve de ces condamnations, serait si préjudiciable pour l'accusé qu'il en résulterait une atteinte à son droit à un procès équitable, garanti par la *Charte*. Le juge du procès a rejeté cet argument. Pour atténuer les effets préjudiciables d'un contre-interrogatoire portant sur ses antécédents criminels, l'accusé a, au cours de son interrogatoire principal, reconnu avoir été déclaré coupable en 1954 de vol à main armée, d'évasion, de vol et d'introduction par effraction, et, en 1971, de meurtre non qualifié. Dans ses directives au jury, le juge du procès a averti les jurés de ne se servir du casier judiciaire de l'accusé qu'à seule fin d'apprécier sa crédibilité. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel l'a débouté de son appel du verdict de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer si l'accusé a subi une atteinte à son droit à un procès équitable, garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de la production en preuve de sa condamnation antérieure pour meurtre non qualifié.

*Arrêt* (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Dickson et les juges Beetz et Lamer: L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne viole pas la garantie contenue à l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 12 a pour seul effet de permettre au ministère public de produire en preuve les condamnations antérieures dans la mesure où celles-ci se rapportent à la crédibilité. La charge de la preuve incombe toujours au ministère public et la production en preuve des condamnations antérieures ne fait naître aucune présomption de culpabilité ni aucune présomption que l'accusé est indigne de foi. Les condamnations antérieures constituent simplement un élément de preuve que le jury pourra prendre en considération, avec tout le reste, pour déterminer la crédibilité de l'accusé.

L'article 12 n'a pas non plus pour effet de priver l'accusé d'un procès «équitable» en ce sens que la production d'un tel élément de preuve distrairait le jury de sa tâche de rendre un verdict en fonction d'une preuve admissible et juridiquement pertinente relativement à l'accusation portée contre l'accusé. Il y a peut-être le risque que le jury fasse mauvais usage de la preuve des condamnations antérieures, mais la dissimulation du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne priverait le jury de renseignements se rapportant à sa crédibilité et créerait un risque beaucoup plus sérieux que le jury obtienne une description trompeuse de la situation. La

is, as in this case, to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. To protect the accused, the trial judge may also exercise his discretion to exclude evidence of prior convictions in those unusual cases where a mechanical application of s. 12 would undermine the right to a fair trial. Further, the limitations on the use of prior convictions demonstrate a marked solicitude for the right of the accused to a fair trial and indicate that the law relating to the use of prior convictions strives to avoid the risk of prejudicing an accused's trial by introduction of evidence of prior misdeeds. Taken as a whole, this body of law is entirely protective of the right of the accused not to be convicted except on evidence directly relevant to the charge in question.

Although the trial judge has a discretion to exclude evidence of prior convictions in an appropriate case, such discretion should not be exercised in favour of the accused in the present circumstances. The accused made a deliberate attack on the credibility of the Crown witnesses, largely based upon their prior record. The issue for the jury was solely that of credibility. Had the accused's criminal record not been revealed, the jury would have been left with the quite incorrect impression that while all the Crown witnesses were hardened criminals, the accused had an unblemished past. Admitting the accused's convictions except that for non-capital murder would not have avoided the imbalance between the Crown and the accused. The jury would have been misled rather than aided by the exclusion of that evidence, and in these circumstances, it cannot be said that such admission was unfairly prejudicial.

*Per McIntyre and Le Dain JJ.:* Whatever discretion may have existed to permit a trial judge to exclude admissible evidence at common law, on no basis of authority or principle can such a discretion have empowered a court to exclude questions to a witness as to past convictions in the face of the clear words of s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, a legislative provision specifically found not to be inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. To admit of such a discretion would be tantamount to holding that Parliament could not by clear legislative enactment alter the common law.

meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est, comme c'est le cas dans la présente affaire, de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit faire de ces renseignements. Afin de protéger l'accusé, le juge du procès peut aussi exercer son pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve de ses condamnations antérieures dans les cas exceptionnels où l'application automatique de l'art. 12 minerait son droit à un procès équitable. En outre, ces restrictions imposées à l'usage des condamnations antérieures traduisent une vive préoccupation pour le droit de l'accusé à un procès équitable et révèlent que le droit régissant l'usage des condamnations antérieures vise autant que possible à écarter le risque que le procès d'un accusé soit compromis par la production d'une preuve de ses méfaits antérieurs. Dans l'ensemble, le droit dans ce domaine protège sans réserve le droit d'un accusé de n'être déclaré coupable que sur la foi d'une preuve se rapportant directement à l'accusation en cause.

Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve de condamnations antérieures lorsque cela est indiqué, ce pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé en faveur de l'accusé dans les circonstances de la présente affaire. L'accusé a délibérément attaqué la crédibilité des témoins à charge, en se fondant principalement sur leurs casiers judiciaires. La question à trancher par le jury était uniquement celle de la crédibilité. Si le casier judiciaire de l'accusé n'avait pas été divulgué, le jury aurait eu l'impression tout à fait erronée que les témoins à charge étaient des criminels endurcis tandis que l'accusé avait un passé sans reproche. Le déséquilibre entre le ministère public et l'accusé n'aurait pas été évité si on avait admis en preuve toutes les condamnations de l'accusé, sauf celle pour meurtre non qualifié. L'exclusion de cette preuve, loin d'aider le jury, l'aurait induit en erreur et, dans les circonstances, on ne saurait affirmer que cette admission a préjudicié injustement à l'accusé.

*Les juges McIntyre et Le Dain:* Quel que soit le pouvoir discrétionnaire qui a pu, en *common law*, permettre aux juges du procès d'exclure des éléments de preuve admissibles, rien dans la jurisprudence ou dans les principes ne permet de conclure qu'un tribunal pouvait, en vertu de ce pouvoir discrétionnaire, interdire que soient posées à un témoin des questions concernant ses condamnations antérieures, compte tenu du texte clair du par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, une disposition qui a été jugée expressément compatible avec la *Charte*. Admettre l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire reviendrait à dire que le Parlement ne saurait par un texte législatif explicite modifier la *common law*.

*Per* Beetz J.: Section 12(1) of the *Canada Evidence Act* would not conform with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* unless it be construed as leaving room for the trial judge's discretion to disallow the cross-examination of an accused as to prior convictions if the convictions are of tenuous probative value in assessing credibility and their disclosure would be highly prejudicial to the accused.

*Per* La Forest J. (dissenting): Evidence of previous convictions is relevant to the credibility of an accused who testifies and is *prima facie* admissible. But the admission into evidence of an accused's previous convictions harbours the potential to prejudice profoundly the fairness of his trial. To prevent such prejudice, the trial judge has a judicial discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case. This discretion, which exists at common law, subsists under s. 12 of the *Canada Evidence Act*. In assessing the probative value or potential prejudice of evidence of previous convictions, the trial judge should take into consideration, among the most important factors, the nature of the previous conviction and its remoteness or nearness to the present charge. In particular, a court should be very chary of admitting evidence of a previous conviction for a similar crime. The more similar the offence to which the previous conviction relates to the conduct for which the accused is on trial, the greater the prejudice harboured by its admission.

In the present case, the trial judge erred in failing to recognize the existence of the exclusionary discretion and, consequently, in admitting into evidence the previous conviction for non-capital murder. The introduction of this evidence was, in the circumstances of the case, unjustifiably prejudicial to the fairness of the accused's trial. It is self-evident that the prejudicial potential harboured by the admission at a trial for murder of a previous conviction for non-capital murder was manifestly profound. Furthermore, the probative value of this item of evidence in relation to credibility was, at best, trifling. Although the accused had assailed the credibility of Crown witnesses and that credibility was the vital issue at trial, the evidence of the other previous convictions of the accused, the violation of his parole conditions, his involvement in drug transactions, amply served the purpose of impeaching the accused's credibility. The previous conviction for non-capital murder added very

*Le juge Beetz*: Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne serait pas compatible avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte* à moins qu'on ne l'interprète comme accordant au juge du procès la discrétion de refuser le contre-interrogatoire d'un accusé au sujet de ses condamnations antérieures, si ces condamnations sont d'une valeur probante ténue dans l'évaluation de la crédibilité du témoignage et si leur dévoilement est hautement préjudiciable à l'accusé.

*Le juge La Forest* (dissident): La preuve de condamnations antérieures est pertinente relativement à la crédibilité d'un accusé qui témoigne et elle est admissible à première vue. Toutefois, l'admission en preuve des condamnations antérieures d'un accusé risque de porter gravement préjudice au caractère équitable de son procès. Pour empêcher qu'un tel préjudice ne soit causé, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, toute preuve préjudiciable de condamnations antérieures. Ce pouvoir discrétionnaire, qui existe en *common law*, n'est pas aboli par l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Parmi les facteurs les plus importants que le juge du procès doit prendre en considération pour déterminer la valeur probante d'une preuve de condamnations antérieures ou le risque de préjudice qu'elle peut présenter figurent la nature de la condamnation antérieure et son degré de proximité par rapport à la présente accusation. En particulier, un tribunal devrait se montrer fort réticent à admettre la preuve d'une condamnation antérieure pour un crime similaire. Plus l'infraction qui a donné lieu à la condamnation antérieure ressemble à la conduite pour laquelle l'accusé subit son procès, plus le préjudice résultant de son admission en preuve risque d'être grand.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'existence du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion et, par conséquent, en admettant en preuve la condamnation antérieure pour meurtre non qualifié. La production de cet élément de preuve a, dans les circonstances de l'espèce, nui d'une manière injustifiable au caractère équitable du procès de l'accusé. Il va de soi que le risque de préjudice qui en résulterait si l'on admettait en preuve à un procès pour meurtre une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié serait extrêmement grave. De plus, la valeur probante de cet élément de preuve en ce qui concerne la crédibilité était, tout au plus, insignifiante. Même si l'accusé avait attaqué la crédibilité des témoins à charge et que la question vitale au procès était celle de la crédibilité, la preuve des autres condamnations antérieures de l'accusé, la violation des modalités de sa liberté conditionnelle et sa participation au commerce de la

little, if anything, to the jury's perception of the accused's character for veracity.

Section 12 of the *Canada Evidence Act*, when read in conjunction with the salutary common law discretion to exclude prejudicial evidence, does not violate an accused's right to a fair trial nor deprive him of his liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies and demands consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. The recognition of a discretion to exclude evidence when its probative value is overshadowed by prejudicial effect ensures that the legitimate interests of both the public and the accused are taken into account. The factors that should be considered in exercising this discretion ensure that this occurs. The recognition and proper exercise of this discretion, therefore, ensures that s. 12 is constitutionally valid.

## Cases Cited

By Dickson C.J.

**Not followed:** *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; **referred to:** *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *State v. Duke*, 123 A.2d 745 (1956); *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (1977); *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438; *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182; *R. v. Butterwasser*,

étaient largement suffisantes pour mettre en doute sa crédibilité. La condamnation antérieure pour meurtre non qualifié n'a guère aidé le jury à déterminer la propension de l'accusé à dire la vérité.

<sup>a</sup> L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu'il est pris conjointement avec le salutaire pouvoir discrétionnaire conféré par la *common law* d'écarter toute preuve préjudiciable, ne porte atteinte ni au droit d'un accusé à un procès équitable ni à son droit à la liberté, si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, et commande même, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. La reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve lorsque sa valeur probante est éclipsée par son effet préjudiciable assure la prise en considération des intérêts légitimes tant du public que de l'accusé. Les facteurs qui devraient être pris en considération en exerçant ce pouvoir discrétionnaire garantissent cela. La reconnaissance et l'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire assurent donc la constitutionnalité de l'art. 12.

## f Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêt non suivi:** *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; **arrêts mentionnés:** *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Koufis v. The King*, [1941] R.C.S. 481; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *State v. Duke*, 123 A.2d 745 (1956); *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (1977); *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438; *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Deacon v. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182; *R. v. Butterwasser*,

[1948] 1 K.B. 4; *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369.

By McIntyre J.

Referred to: *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449.

By La Forest J. (dissenting)

*R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Fushior* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117; *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965); *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169; *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967); *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126; *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165; *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156; *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138; *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (1976).

#### Statutes and Regulations Cited

*Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 18, s. 6.

*Act for amending the Law of Evidence in certain Cases* (U.K.), 9 Geo. 4, c. 32, s. 4.

*Act for improving the Law of Evidence* (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 85, s. 1.

*Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law*, S.C. 1869, c. 29, s. 65.

*Canada Evidence Act*, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 4.

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1906, c. 145, s. 12.

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), (f), 24(1).

*Common Law Procedure Act*, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 25.

*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 695.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(2)(b), 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18], 643.

[1948] 1 K.B. 4; *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369.

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449.

Citée par le juge La Forest (dissenting)

*R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333; *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349; *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339; *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407; *R. v. Fushior* (1946), 85 C.C.C. 283; *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117; *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965); *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169; *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967); *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126; *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165; *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156; *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138; *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (1976).

#### Lois et règlements cités

*Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials* (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 18, art. 6.

*Act for amending the Law of Evidence in certain Cases* (R.-U.), 9 Geo. 4, chap. 32, art. 4.

*Act for improving the Law of Evidence* (R.-U.), 6 & 7 Vict., chap. 85, art. 1.

*Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle*, S.C. 1869, chap. 29, art. 65.

*Acte de la preuve en Canada*, 1893, S.C. 1893, chap. 31, art. 4.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), f), 24(1).

*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, chap. 29, art. 695.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(2)b), 618(1)a) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18], 643.

*Common Law Procedure Act*, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., chap. 125, art. 25.

*Criminal Evidence Act*, 1898 (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1(f).

*Criminal Evidence Act*, 1898 (R.-U.), 61 & 62 Vict., chap. 36, art. 1(f).

*Loi de la preuve en Canada*, S.R.C. 1906, chap. 145, art. 12.

<sup>a</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 12.

#### Authors Cited

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswells, 1982.

Canada. Law Reform Commission: Law of Evidence Project. *Evidence*. Ottawa: Law Reform Commission, 1972.

Doob, Anthony N. and Hershi M. Kirshenbaum. "Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused" (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88.

Friedland, M. L. "Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 656.

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. I, 7th ed. London: Methuen & Co., 1956.

Lawson, Robert G. "Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem" (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758.

McCormick, Charles T. *Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Clearly. St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Ratushny, Edward. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

Saltzburg, Stephen A. and Kenneth R. Redden. *Federal Rules of Evidence Manual*, 4th ed. Charlottesville, Va.: Michie Co., 1986.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.

Teed, Eric. "The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused" (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70.

Weinberg, M. S. "The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence" (1975), 21 *McGill L.J.* 1.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wissler, Roselle L. and Michael J. Saks. "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37.

#### Doctrine citée

<sup>b</sup> Canada. Commission de réforme du droit: Section de recherche sur le droit de la preuve. *La preuve*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1972.

Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *La preuve au Canada [Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve]*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.

Doob, Anthony N. and Hershi M. Kirshenbaum. «Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused» (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88.

Friedland, M. L. «Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act» (1969), 47 *R. du B. can.* 656.

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. I, 7th ed. London: Methuen & Co., 1956.

Lawson, Robert G. «Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem» (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758.

McCormick, Charles T. *Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Clearly. St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Ratushny, Edward. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

<sup>g</sup> Saltzburg, Stephen A. and Kenneth R. Redden. *Federal Rules of Evidence Manual*, 4th ed. Charlottesville, Va.: Michie Co., 1986.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.

<sup>h</sup> Teed, Eric. «The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused» (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70.

Weinberg, M. S. «The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence» (1975), 21 *McGill L.J.* 1.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

<sup>i</sup> Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wissler, Roselle L. and Michael J. Saks. «On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt» (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37.

Wright, Cecil A. "Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction" (1940), 18 *Can. Bar Rev.* 808.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 17 C.C.C. (3d) 129, 13 C.R.R. 250, 43 C.R. (3d) 193, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed, La Forest J. dissenting.

*Kenneth G. Young and Rosemary L. Nash*, for the appellant.

*John E. Hall, Q.C.*, and *Sharon E. Kenny*, for the respondent.

*S. R. Fainstein and D. J. Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Howard F. Morton and Michael A. MacDonald*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*William Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—

I

The appellant, Lawrence Wilburn Corbett, was charged with the first degree murder of Réal Pinsonneault at the city of Vancouver. He was convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment with an order that he serve twenty years before being eligible for parole. He appealed to the British Columbia Court of Appeal and his appeal was dismissed, Hutcheon J.A. dissenting: (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. Corbett now appeals to this Court as of right pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* on the following ground, which formed the basis of Hutcheon J.A.'s dissent:

Wright, Cecil A. «Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction» (1940), 18 *R. du B. can.* 808.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 17 C.C.C. (3d) 129, 13 C.R.R. 250, 43 C.R. (3d) 193, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre du verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu contre lui. Pourvoi rejeté, le juge La Forest est dissident.

*Kenneth G. Young et Rosemary L. Nash*, pour l'appellant.

*John E. Hall, c.r.*, et *Sharon E. Kenny*, pour l'intimée.

*S. R. Fainstein et D. J. Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Howard F. Morton et Michael A. MacDonald*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*William Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE EN CHEF—

I

L'appellant, Lawrence Wilburn Corbett, a été accusé du meurtre au premier degré de Réal Pinsonneault, perpétré dans la ville de Vancouver. Reconnu coupable de meurtre au deuxième degré, il s'est vu infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, assortie d'une ordonnance l'obligeant à purger vingt ans de sa peine avant de devenir admissible à la libération conditionnelle. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui l'a débouté, le juge Hutcheon étant dissident: (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. Invoquant le moyen exposé ci-après, qui correspond au motif sur lequel repose l'opinion dissidente du juge Hutcheon, Corbett se pourvoit maintenant de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(1)a) du *Code criminel*:



Whether or not, by reason of the provisions of the "Charter of Rights", Section 11(d), the provisions of the Canada Evidence Act, Section 12 have any application whatever to an accused person with a prior conviction for murder who gives evidence at his trial on a charge of murder.

Section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, read as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

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

12. (1) A witness may be questioned as to whether he has been convicted of any offence, and upon being so questioned, if he either denies the fact or refuses to answer, the opposite party may prove such conviction.

(2) The conviction may be proved by producing

(a) a certificate containing the substance and effect only, omitting the formal part, of the indictment and conviction, if it is for an indictable offence, or a copy of the summary conviction, if for an offence punishable upon summary conviction, purporting to be signed by the clerk of the court or other officer having the custody of the records of the court in which the conviction, if upon indictment, was had, or to which the conviction, if summary, was returned; and

(b) proof of identity.

The issue is whether Corbett was deprived of his right to a fair hearing by reason of the introduction of evidence of his earlier conviction for non-capital murder.

## II

### The Constitutional Questions

The following two constitutional questions were set for determination in this appeal:

1. Whether section 12(1) of the *Canada Evidence Act* is inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that

[TRADUCTION] La question est de savoir si, en raison de l'alinéa 11d) de la «Charte des droits», les dispositions de l'article 12 de la Loi sur la preuve au Canada peuvent s'appliquer de quelque manière à un accusé ayant déjà été condamné pour meurtre, lorsque cet accusé témoigne à son procès relatif à une accusation de meurtre.

L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, sont ainsi conçus:

11. Tout inculpé a le droit:

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;

12. (1) Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction, et lorsqu'il est ainsi interrogé, s'il nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

(2) La déclaration de culpabilité peut être prouvée par la production

a) d'un certificat contenant le fond et l'effet seulement, et omettant la partie formelle, de l'acte d'accusation et de la déclaration de culpabilité, en cas de mise en accusation, ou d'une copie de la déclaration sommaire de culpabilité, si l'infraction est punissable par voie de déclaration sommaire de culpabilité, donnés comme étant signés par le greffier de la cour ou un autre fonctionnaire préposé à la garde des archives de la cour devant laquelle la déclaration de culpabilité a été obtenue, en cas de mise en accusation, ou à laquelle la déclaration de culpabilité a été renvoyée, en cas de voie sommaire; et

b) d'une preuve d'identité.

La question est de savoir si Corbett a subi une atteinte à son droit à un procès équitable en raison de la production en preuve de sa condamnation antérieure pour meurtre non qualifié.

## II

### Les questions constitutionnelles

Les deux questions constitutionnelles suivantes ont été formulées aux fins du présent pourvoi:

1. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la

s. 12(1) applies to a person charged with an offence?

2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* from being declared of no force and effect to the extent of the inconsistency?

The Attorneys General of Canada, Alberta, Ontario and Quebec intervened to support the constitutional validity of s. 12(1).

In his reasons, which I have had the advantage of reading, my colleague, La Forest J. finds that apart from the *Charter*, a trial judge has a discretion to refuse to permit cross-examination of an accused on his prior criminal record, and that in the present case, the trial judge should have exercised his discretion in favour of the accused Corbett. This conclusion being sufficient to dispose of the appeal, it became unnecessary for La Forest J. to deal with the *Charter* issue in depth. I agree with La Forest J. that there is a discretion to exclude evidence of prior convictions of an accused. However, as I take a different view as to the manner in which the trial judge's discretion should have been exercised, it will be necessary for me to deal with the constitutional validity of s. 12 of the *Canada Evidence Act*.

### III

#### Facts

Corbett was charged with the first-degree murder of Réal Pinsonneault, who was shot and killed in Vancouver on December 2, 1982. Corbett and Pinsonneault were involved in the cocaine trade. Corbett was financing Pinsonneault in the purchase of illegal drugs. At the time of the killing, Pinsonneault owed Corbett \$27,000. Corbett travelled from Victoria to Vancouver on December 1, 1982, the day before the murder, with a female companion, Colleen Allan. At the time, he was on parole from a life sentence imposed in 1971 after his conviction on a charge of non-capital murder, upheld by this Court: *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275. One of the conditions of his parole was that he had to stay within a 25-mile

mesure où ce paragraphe s'applique à une personne accusée d'une infraction?

2. Dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* empêche-t-il que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* soit déclaré nul et sans effet dans la mesure de cette incompatibilité?

Les procureurs généraux du Canada, de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité du par. 12(1).

Dans ses motifs de jugement, que j'ai eu l'avantage de lire, mon collègue le juge La Forest conclut que, indépendamment de la *Charte*, un juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de refuser la tenue du contre-interrogatoire d'un accusé relativement à son casier judiciaire, et qu'en l'espèce le juge du procès aurait dû exercer ce pouvoir discrétionnaire au profit de l'accusé Corbett. Puisque cette conclusion suffisait pour trancher le pourvoi, le juge La Forest n'avait pas à s'attarder sur la question concernant la *Charte*. Je conviens avec lui qu'il existe un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve des condamnations antérieures d'un accusé. Toutefois, comme j'adopte un point de vue différent quant à la manière dont le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire, il est nécessaire que je me penche sur la question de la constitutionnalité de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

### III

#### g Les faits

Corbett a été accusé du meurtre au premier degré de Réal Pinsonneault, qui avait été abattu à Vancouver le 2 décembre 1982. Corbett et Pinsonneault s'adonnaient au trafic de cocaïne, le premier avançant des fonds à l'autre pour l'achat de stupéfiants illégaux. Au moment de l'assassinat, Pinsonneault devait à Corbett la somme de 27 000 \$. Le 1<sup>er</sup> décembre 1982, soit la veille du meurtre, Corbett s'est rendu de Victoria à Vancouver en compagnie de Colleen Allan. À l'époque en cause, il était en liberté conditionnelle après avoir été condamné en 1971 à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre non qualifié, laquelle peine avait été confirmée par cette Cour: *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275. Sa

radius of the city of Victoria unless he had permission to leave the area. He had no such permission. The purpose of Corbett's trip to Vancouver was to collect the money Pinsonneault owed him. Corbett and Allan registered in the Sands Motor Hotel under the assumed name of "Baxter". Corbett testified that the reason for using an assumed name was that his trip to Vancouver constituted a violation of his parole conditions.

Pinsonneault shared an apartment with Michèle Marcoux (also known as Smith) and Gilles Bergeron, a few blocks away from the Sands Motor Hotel. On the evening of December 1, 1982, Corbett and Allan had dinner at the hotel and after much drinking, a prolonged argument ensued in their hotel room. The hotel clerk called at 12:30 a.m. to complain about the noise. An occupant in the next room of the hotel testified that he heard Corbett leaving the room and that he heard Allan try to persuade Corbett to return. He then heard Allan make a telephone call asking the other party if she could come over.

The following facts are taken from the judgment of Craig J.A. (at p. 139):

Marcoux and Bergeron testified that about 1:30 a.m. on December 2, 1982, Allan whom they knew from their association with Corbett, came to their apartment. Allan had an injury or cut near one of her eyes. A few minutes later, Corbett arrived. Pinsonneault let him into the apartment. After saying something to Allan, Corbett told Pinsonneault and Bergeron to sit down. When Pinsonneault protested, Corbett took out a gun and fired several shots, killing Pinsonneault instantly and wounding Bergeron. Marcoux escaped from the apartment.

Colleen Allan was not called by the Crown at the trial but was presented for cross-examination only. She had sworn at the preliminary hearing that neither she nor Corbett had left the hotel on the night in question. At the trial, however, she admitted that many of the statements she had made at the preliminary hearing, including that

libération conditionnelle était assujettie notamment à la condition qu'il reste dans un rayon de 25 milles de la ville de Victoria, à moins d'obtenir l'autorisation de quitter la zone ainsi délimitée. <sup>a</sup> Corbett, sans avoir reçu cette autorisation, s'est rendu à Vancouver pour recouvrer la somme que lui devait Pinsonneault. Corbett et Allan se sont inscrits au Sands Motor Hotel sous le nom d'emprunt de «Baxter». Selon le témoignage de Corbett, <sup>b</sup> s'il s'est servi d'un nom d'emprunt, c'est parce que son voyage à Vancouver constituait une violation des modalités de sa libération conditionnelle.

Pinsonneault partageait un appartement avec <sup>c</sup> Michèle Marcoux (connue également sous le nom de Smith) et Gilles Bergeron, à quelques rues du Sands Motor Hotel. Le soir du 1<sup>er</sup> décembre 1982, Corbett et Allan ont dîné à l'hôtel où ils ont bu copieusement et il s'en est suivi une longue altercation dans leur chambre d'hôtel. À minuit et demi, <sup>d</sup> le réceptionniste de l'hôtel leur a téléphoné pour se plaindre du vacarme. Un occupant de la chambre voisine a témoigné qu'il avait entendu Corbett <sup>e</sup> quitter sa chambre et Allan qui a d'abord essayé de persuader Corbett de revenir et qui a fait ensuite un appel téléphonique au cours duquel elle a demandé à l'autre personne au bout du fil si elle pouvait aller chez elle.

<sup>f</sup> Les faits suivants sont exposés dans les motifs du juge Craig de la Cour d'appel (à la p. 139):

[TRADUCTION] Marcoux et Bergeron ont témoigné que, vers 1 h 30 le 2 décembre 1982, Allan, qu'ils connaissaient en raison de leurs relations avec Corbett, <sup>g</sup> s'est présentée à leur appartement. Allan avait une blessure ou une coupure près de l'œil. Quelques minutes plus tard, Corbett est arrivé. Pinsonneault l'a fait entrer dans l'appartement. Après avoir dit quelque chose à Allan, <sup>h</sup> Corbett a demandé à Pinsonneault et à Bergeron de s'asseoir. Quand Pinsonneault a protesté, Corbett a sorti une arme à feu et a tiré plusieurs coups, tuant Pinsonneault instantanément et blessant Bergeron. Marcoux s'est enfuie de l'appartement.

<sup>i</sup> Le ministère public n'a pas fait témoigner Colleen Allan au procès, mais l'a fait comparaître à des fins de contre-interrogatoire seulement. Elle avait juré à l'enquête préliminaire que ni elle ni <sup>j</sup> Corbett n'avaient quitté l'hôtel la nuit en question. Au procès, elle a toutefois avoué qu'un bon nombre des déclarations qu'elle avait faites à l'en-

she had not seen the shooting of Pinsonneault, were untrue.

Bergeron had a serious criminal record. Marcoux also had a criminal record, although less serious than that of Bergeron. In the stories they gave to the police shortly after the shooting of Pinsonneault, neither Bergeron nor Marcoux identified Corbett as Pinsonneault's killer. At trial, Corbett's counsel forcefully cross-examined both witnesses, whom he later described in his address to the jury as "unmitigated liars". Both witnesses admitted their criminal records during examination-in-chief by Crown counsel.

Before calling any evidence, Corbett's counsel sought a ruling that if the accused were called, s. 12 of the *Canada Evidence Act* would not apply to him because of s. 11(d) of the *Charter* and therefore that Corbett could not be cross-examined as to his prior criminal record. The trial judge ruled against Corbett on this issue, following the decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333. The accused was then called and in order "to soften the blow" his own counsel put to him his criminal record which Corbett admitted. The record is as follows:

April 23, 1954 — armed robbery, receiving stolen property, breaking and entering and theft (four counts)

May 12, 1954 — escaping custody

December 6, 1954 — theft of auto and breaking and entering

November 8, 1971 — non-capital murder

In his evidence, Corbett denied shooting Pinsonneault and swore that he only left his hotel room once during the night to get some liquor and cigarettes from his car, the hotel clerk having testified that he had let Corbett back into the hotel at 3:10 a.m.

quête préliminaire, y compris celle selon laquelle elle n'avait pas été témoin de l'assassinat de Pinsonneault, étaient fausses.

<sup>a</sup> Bergeron avait un lourd casier judiciaire. Marcoux avait également un casier judiciaire quoique moins lourd que celui de Bergeron. Dans le récit des événements qu'ils ont fait à la police peu après l'assassinat de Pinsonneault, ni Bergeron ni Marcoux n'ont identifié Corbett comme étant l'assassin de la victime. Au procès, l'avocat de Corbett a vigoureusement contre-interrogé ces deux témoins, qu'il a plus tard qualifiés dans son exposé au jury de [TRADUCTION] «*fièffés menteurs*». Au cours de leur interrogatoire principal mené par l'avocat de la poursuite, chacun desdits témoins a reconnu ses antécédents criminels.

<sup>d</sup> Avant de présenter des éléments de preuve, l'avocat de Corbett a demandé que soit rendue une décision portant que, si l'accusé était appelé à témoigner, l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'appliquerait pas à lui en raison de l'al. 11d) de la *Charte* et qu'il ne pourrait donc pas être contre-interrogé relativement à ses antécédents criminels. Se fondant sur la décision *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge du procès a débouté Corbett sur ce point. L'accusé a par la suite été appelé à la barre des témoins et, pour [TRADUCTION] «*limiter les dégâts*», son propre avocat l'a interrogé concernant ses antécédents criminels que <sup>g</sup> Corbett a reconnus. Figurent dans son casier judiciaire les infractions suivantes:

le 23 avril 1954 — vol à main armée, recel, introduction par effraction et vol (quatre chefs)

<sup>h</sup> le 12 mai 1954 — évasion

le 6 décembre 1954 — vol d'une auto et introduction par effraction

le 8 novembre 1971 — meurtre non qualifié

<sup>i</sup> Dans son témoignage, Corbett a nié avoir fait feu sur Pinsonneault et a juré qu'il n'avait quitté sa chambre d'hôtel qu'une fois pendant la nuit en question pour aller chercher de la boisson alcoolisée et des cigarettes dans sa voiture. Le réceptionniste de l'hôtel a témoigné qu'il avait laissé Corbett rentrer dans l'hôtel à 3 h 10.

In charging the jury, the trial judge stated as follows with regard to the relevance of Corbett's criminal record:

There was evidence tendered by the Accused that he was previously convicted of a number of Criminal Code offences, including the offence of non-capital murder, which conviction was registered on November 8, 1971. Evidence of previous convictions is admissible only in respect to the credibility of the witness. It can only be used to assess the credibility of the Accused and for no other purpose. Because the Accused was previously convicted of murder, it must not be used by you, the Jury, as evidence to prove that the Accused person committed the murder of which he stands charged. You, the Jury, must not take the person's previous convictions into account in your deliberations when determining whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the Accused committed the murder with which he is charged.

This warning could hardly have been more explicit. Then, later in his direction, the trial judge reiterated his earlier instruction:

Once again, Mr. Foreman and Members of the jury, I tell you that that type of evidence only goes to credibility, that is his previous criminal record.

The trial judge returned to the matter a third time and stated as follows:

I have already told you that you must not use the criminal record of the Accused for any purpose other than credibility. You must not, under any circumstances, come to the conclusion that, because he has a criminal record, he would be more inclined or predisposed to commit this particular offence.

The case clearly turned on credibility and on whether the jury believed Bergeron and Marcoux or the accused. After deliberating for some 27 hours, the jury returned a verdict of guilty of second degree murder.

#### IV

##### British Columbia Court of Appeal

Before the British Columbia Court of Appeal, the appellant relied on three grounds: the trial judge erred (i) in failing to hold that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* contravenes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*; (ii) in failing to direct the

En faisant son exposé au jury, le juge du procès a dit ceci au sujet de la pertinence du casier judiciaire de Corbett:

[TRADUCTION] Il ressort du témoignage de l'accusé qu'il a déjà été déclaré coupable de nombreuses infractions au Code criminel, y compris celle de meurtre non qualifié, pour laquelle une déclaration de culpabilité a été inscrite le 8 novembre 1971. Or, la preuve de condamnations antérieures n'est admissible que relativement à la crédibilité du témoin. Elle ne peut servir que pour apprécier la crédibilité de l'accusé. Bien que l'accusé ait déjà été déclaré coupable de meurtre, vous, les jurés, ne devez pas considérer cela comme un élément de preuve établissant qu'il a commis le meurtre qu'on lui reproche en l'espèce. Vous, les jurés, ne devez pas tenir compte de ses condamnations antérieures pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le meurtre qu'on lui impute.

Cette mise en garde est on ne peut plus explicite. Plus loin dans son exposé, le juge du procès répète la même directive:

[TRADUCTION] Je vous le redis, monsieur le président du jury et membres du jury, ce type d'élément de preuve, c'est-à-dire le casier judiciaire, ne se rapporte qu'à la crédibilité.

Le juge du procès aborde ce sujet une troisième fois dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je vous ai déjà dit que vous ne devez pas vous servir du casier judiciaire de l'accusé à d'autres fins que l'appréciation de sa crédibilité. En aucun cas, vous ne devez conclure qu'en raison de son casier judiciaire il serait plus enclin ou prédisposé à commettre cette infraction précise.

Manifestement, les questions fondamentales étaient celle de la crédibilité et celle de savoir si le jury croyait Bergeron et Marcoux, ou bien l'accusé. Après avoir délibéré environ vingt-sept heures, le jury a prononcé un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

#### IV

##### Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'appelant a invoqué trois moyens: le juge du procès a commis une erreur (i) en ne concluant pas que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* viole l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte*, (ii)

jury properly on the theory of the defence and in failing to relate the evidence of witnesses generally to the theory; and, (iii) in failing to grant the request of counsel for the appellant that the jury be polled after the verdict. Leave to appeal to this Court on the second ground was refused, and leave was not sought on the third ground. We are concerned only with the first ground, the only ground upon which there was a dissent in the Court of Appeal.

Craig J.A. delivered lengthy reasons in which he carefully reviewed the evidence and dealt with all three issues relied upon by the appellant. With reference to the *Charter* argument, Craig J.A. identified its thrust as being that the jury would improperly use evidence of prior convictions and that rather than use such evidence only in assessing the credibility of the accused as a witness, would draw the inference that the accused was the sort of person who was likely to have committed the offence in question. His Lordship rejected this argument and specifically disagreed, at p. 145,

with the suggestion that, generally, or invariably, the trier of fact uses evidence of previous convictions of the accused as evidence of his guilt of the crime charged, rather than using it solely to assess his credibility and with the suggestion that jurors, psychologically, are incapable of heeding the warning that they must use this evidence solely on the issue of credibility.

Craig J.A. observed that in many cases, juries do acquit despite the existence of a prior record which indicates that jurors do heed the warning. He went on to observe that limiting the right of the Crown to examine the accused could create a serious imbalance in a case such as the present one where the accused had launched an attack on the credibility of Crown witnesses on the basis of their prior criminal records. Craig J.A. concluded as follows (at p. 146):

It would be unfair, particularly in a case such as this, to allow the case to go to the jury on the basis that the principal Crown witnesses should not be believed because they have criminal records, but that the accused

en omettant de donner au jury des directives appropriées concernant la théorie avancée par la défense et en omettant d'établir un rapport général entre les témoignages et cette théorie, et (iii) en refusant d'accéder à la requête de l'avocat de l'appelant visant à obtenir que, une fois le verdict rendu, on demande à chaque juré s'il souscrivait à ce verdict. L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour relativement au deuxième moyen a été refusée et, en ce qui concerne le troisième, on n'a pas demandé d'autorisation de pourvoi. Ne nous intéresse donc que le premier moyen, le seul qui a donné lieu à une dissidence en Cour d'appel.

Le juge Craig, dans de très longs motifs, a passé soigneusement en revue la preuve et s'est penché sur chacun des trois moyens invoqués par l'appelant. À propos de l'argument fondé sur la *Charte*, le juge Craig a dit qu'il portait essentiellement que le jury ferait mauvais usage d'une preuve de condamnations antérieures et qu'au lieu de ne se servir de cette preuve que pour apprécier la crédibilité de l'accusé en tant que témoin, les jurés en déduiraient que l'accusé était le genre de personne qui avait probablement commis l'infraction en question. Sa Seigneurie a repoussé cet argument et en particulier a rejeté, à la p. 145,

[TRADUCTION] l'idée que, d'une manière générale ou invariablement, le juge des faits utilise la preuve des condamnations antérieures d'un accusé pour établir sa culpabilité du crime imputé, plutôt que de s'en servir uniquement pour juger de sa crédibilité, et que les jurés sont psychologiquement incapables de tenir compte de l'avertissement qu'ils ne doivent la prendre en considération que relativement à la crédibilité.

Le juge Craig a fait observer que, bien souvent, les jurys prononcent l'acquiescement en dépit de l'existence d'un casier judiciaire, ce qui indique que les jurés tiennent réellement compte de la mise en garde du juge. Il a ajouté qu'en limitant le droit du ministère public d'interroger l'accusé, on pourrait créer un grave déséquilibre dans un cas comme celui-ci où l'accusé s'est servi du casier judiciaire des témoins à charge pour attaquer leur crédibilité. Le juge Craig conclut (à la p. 146):

[TRADUCTION] Il serait injuste, surtout dans un cas comme celui-ci, de permettre qu'une affaire soit soumise à l'appréciation du jury en tenant pour acquis, d'une part, qu'il ne faut pas ajouter foi aux dépositions des

should be believed because he does not, apparently, have a criminal record, although, in fact, he may have a criminal record.

Seaton J.A. concurred with Craig J.A. Seaton J.A. considered at length American decisions which establish that an accused who testifies on his own behalf in a criminal case assumes the position of an ordinary witness and is subject to being discredited on cross-examination as to prior convictions. Seaton J.A. also reviewed the English legislation which permits such cross-examination in certain circumstances, and noted that in the light of defence counsel's cross-examination of Crown witnesses, Crown counsel would have been justified in cross-examining the accused on his record under the English provision. Seaton J.A. concluded that the accused was not, in those circumstances, entitled to conceal his record from the jury.

Hutcheon J.A., dissenting, emphasized the difference between the situation in Canada and England, namely, that under the English legislation and practice, use of prior convictions is limited and a trial judge has a discretion to refuse to permit such cross-examination where there is a serious risk that introduction of prior convictions would prejudice the jury against the accused. Hutcheon J.A. noted that the weight of authority in Canada was against the existence of any such discretion. He also noted that s. 12 had been criticized in the literature and concluded with respect to the various articles and studies as follows (at p. 161): "To the extent the matter has been studied, one can say that evidence of a previous conviction for the same offence unduly prejudices an accused and that the instruction from the trial judge does nothing to remove that prejudice." Hutcheon J.A. contended that the probative value of a prior murder conviction in relation to credibility was minimal whereas it created a substantial risk of undue prejudice. In the end, he concluded that the result produced by s. 12 was inconsistent with the accused's right to a fair hearing and that while it was impossible to deny that there was a strong case against the accused, his conviction for the same offence

principaux témoins à charge en raison de leurs antécédents criminels et, d'autre part, que l'accusé est digne de foi parce qu'il ne semble pas avoir d'antécédents criminels, bien qu'il puisse en réalité en avoir.

<sup>a</sup> Le juge Seaton, qui a souscrit à l'avis du juge Craig, a longuement examiné la jurisprudence américaine qui établit que l'accusé qui témoigne pour son propre compte dans une affaire criminelle se met dans la position d'un témoin ordinaire et s'expose à être discrédité dans le cadre d'un contre-interrogatoire portant sur ses condamnations antérieures. Le juge Seaton a aussi passé en revue les dispositions législatives anglaises qui permettent qu'on procède à de tels contre-interrogatoires dans certaines circonstances, puis il a fait remarquer que, comme l'avocat de la défense a contre-interrogé les témoins à charge, les dispositions anglaises auraient autorisé l'avocat de la poursuite à contre-interroger l'accusé relativement à son casier judiciaire. Le juge Seaton a conclu que l'accusé n'avait pas le droit en pareil cas de dissimuler son casier judiciaire au jury.

<sup>e</sup> Le juge Hutcheon, dissident, a insisté sur la différence entre la situation au Canada et celle qui existe en Angleterre, savoir que suivant la loi et la pratique anglaises, on ne peut se servir des condamnations antérieures que dans des cas bien précis et le juge du procès jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser la tenue de tout contre-interrogatoire portant sur les condamnations antérieures lorsque leur production en preuve risquerait réellement de compromettre l'impartialité du jury au détriment de l'accusé. Le juge Hutcheon a souligné qu'au Canada la jurisprudence tend nettement à rejeter l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire. Il a souligné en outre les critiques dont l'art. 12 a fait l'objet dans la doctrine et a conclu relativement aux divers articles et aux différentes études (à la p. 161): [TRADUCTION] «Pour autant que la question a été étudiée, on peut affirmer que la preuve d'une condamnation antérieure pour la même infraction préjudicie indûment à l'accusé et que les directives que le juge du procès peut donner au jury ne font rien pour écarter ce préjudice». Une condamnation antérieure pour meurtre, a soutenu le juge Hutcheon, n'a qu'une valeur probante minime en ce qui concerne la crédibilité, mais elle crée un risque important de préjudice

“might have been the last ounce which turned the scales against him.”

V

Purpose and Effect of the *Canada Evidence Act*, s. 12

The history of the *Canada Evidence Act*, s. 12 and its predecessors is set out in La Forest J.'s reasons and in the judgment of Martin J.A. in *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.) Cross-examination of an accused with respect to prior convictions has been permitted in Canada since an accused first became competent to testify on his own behalf in 1893: *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (Ont. C.A.) What lies behind s. 12 is a legislative judgment that prior convictions do bear upon the credibility of a witness. In deciding whether or not to believe someone who takes the stand, the jury will quite naturally take a variety of factors into account. They will observe the demeanour of the witness as he or she testifies, the witness' appearance, tone of voice, and general manner. Similarly, the jury will take into account any information it has relating to the witness' habits or mode of life. There can surely be little argument that a prior criminal record is a fact which, to some extent at least, bears upon the credibility of a witness. Of course, the mere fact that a witness was previously convicted of an offence does not mean that he or she necessarily should not be believed, but it is a fact which a jury might take into account in assessing credibility.

This rationale for s. 12 has been explicit in the case law. See, e.g., *R. v. Stratton*, *supra*, at p. 461, *per* Martin J.A., “Unquestionably, the theory upon which prior convictions are admitted in relation to credibility is that the character of the witness, as evidenced by the prior conviction or

indu. En définitive, il a conclu que les conséquences de l'application de l'art. 12 étaient incompatibles avec le droit de l'accusé à un procès équitable et que, même s'il était impossible de nier que la preuve à charge était solide, il se pouvait que la condamnation de l'accusé pour la même infraction [TRADUCTION] «ait eu pour effet de faire pencher la balance contre lui».

b

V

L'objet et l'effet de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Le juge La Forest dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce et le juge Martin dans ceux qu'il a rédigés dans l'affaire *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.), font l'historique de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des dispositions qui l'ont précédé. Au Canada, il est permis de contre-interroger un accusé relativement à ses condamnations antérieures depuis que les accusés ont été habilités pour la première fois à témoigner pour leur propre compte en 1893: *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (C.A. Ont.) L'article 12 traduit l'opinion du législateur que les condamnations antérieures influent réellement sur la crédibilité d'un témoin. En décidant s'il croira un témoin donné, le jury, tout naturellement, prendra en considération divers éléments. Les jurés observeront le comportement du témoin pendant qu'il dépose, son apparence, le ton sur lequel il s'exprime et son attitude générale. De même, le jury tiendra compte de tous renseignements qu'il possède concernant les habitudes ou le mode de vie du témoin. Certes, on ne saurait nier que le casier judiciaire d'un témoin influe, du moins jusqu'à un certain point, sur sa crédibilité. Il est toutefois évident que ce n'est pas simplement parce qu'un témoin a déjà été déclaré coupable d'une infraction qu'on doit nécessairement le considérer comme indigne de foi, mais c'est là un fait dont un jury pourrait tenir compte en appréciant sa crédibilité.

Cette justification de l'art. 12 a été énoncée explicitement dans la jurisprudence. Voir, par exemple, l'arrêt *R. v. Stratton*, précité, à la p. 461, où le juge Martin affirme: [TRADUCTION] «Incontestablement, la théorie en vertu de laquelle les condamnations antérieures sont admises en preuve



convictions, is a relevant fact in assessing the testimonial reliability of the witness.”

Similarly, in *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (Ont. C.A.), at p. 342, *per* Martin J.A., “The fact that a witness has been convicted of a crime is relevant to his trustworthiness as a witness.”

An American court identified the rationale behind a similar rule in the following language:

What a person is often determines whether he should be believed. When a defendant voluntarily testifies in a criminal case, he asks the jury to accept his word. No sufficient reason appears why the jury should not be informed what sort of person is asking them to take his word. In transactions of everyday life this is probably the first thing that they would wish to know. So it seems to us in a real sense that when a defendant goes onto a stand, “he takes his character with him . . .” Lack of trustworthiness may be evinced by his abiding and repeated contempt for laws which he is legally and morally bound to obey, as in the case at bar, though the violations are not concerned solely with crimes involving “dishonesty and false statement.”

(*State v. Duke*, 123 A.2d 745 (N.H. 1956), at p. 746; quoted with approval in *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (Wash. 1977), at p. 1212).

### Charter of Rights and Freedoms

It is contended, however, that permitting the Crown to cross-examine an accused on his prior criminal record violates the right guaranteed by the *Charter*, s. 11(d):

11. Any person charged with an offence has the right

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

relativement à la crédibilité est celle selon laquelle la moralité du témoin, qui ressort de ses antécédents criminels, constitue un fait pertinent qu'on doit prendre en considération en appréciant la crédibilité du témoin.»

De la même façon, dans l'arrêt *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (C.A. Ont.), à la p. 342, le juge Martin de la Cour d'appel dit: [TRADUCTION] «Le fait qu'un témoin a été reconnu coupable d'un crime est pertinent relativement à sa crédibilité en tant que témoin.»

Un tribunal américain a formulé ainsi le raisonnement sous-tendant une règle analogue:

[TRADUCTION] Ce qu'une personne est déterminée souvent si elle est digne de foi. Quand un défendeur témoigne volontairement dans une affaire criminelle, il demande au jury de croire ce qu'il dit. Il paraît n'y avoir aucune raison suffisante de ne pas informer les jurés sur le genre de personne qui leur demande d'ajouter foi à ses propos. Dans les opérations de la vie quotidienne, c'est probablement la première chose qu'ils voudraient savoir. Il nous semble donc vraiment que lorsqu'un défendeur se présente à la barre, «sa réputation l'accompagne . . .» Le fait qu'il est indigne de foi peut se manifester dans le mépris constant et réitéré qu'il témoigne à l'égard de lois auxquelles il est légalement et moralement tenu d'obéir, comme c'est le cas en l'espèce, quoique les infractions en question ne consistent pas uniquement en des crimes où il est question «de malhonnêteté et de fausses déclarations.»

(*State v. Duke*, 123 A.2d 745 (N.H. 1956), à la p. 146; décision citée et approuvée dans *State v. Ruzicka*, 570 P.2d 1208 (Wash. 1977), à la p. 1212).

### Charte des droits et libertés

On prétend cependant que permettre au ministère public de contre-interroger un accusé relativement à ses antécédents criminels constitue une violation du droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

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;

It should be noted at the outset that, strictly speaking, the accused's prior criminal record did not come before the jury as a result of being cross-examined pursuant to s. 12 of the *Canada Evidence Act*. Counsel for the accused chose to introduce the record in examination-in-chief in order "to soften the blow". In my view, La Forest J. is correct in holding that this should not preclude the accused from challenging the validity of s. 12. Counsel for the accused only elected to lead evidence of the accused's prior record after the trial judge had rejected his application for a ruling that the accused's criminal record could not be introduced by the prosecution in cross-examination. Faced with the choice between introducing the record himself or having it exposed, as it inevitably would have been, by Crown counsel, counsel for the accused decided that his client's interests would be better served if he himself presented the potentially damaging evidence. While this was held fatal to any recourse under the *Charter* to challenge s. 12 in *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (N.S.S.C. App. Div.), it should not, in my view, prevent the accused from presenting the *Charter* argument. But for s. 12, the prior criminal record of the accused would not have been put before the jury. The accused should not be deprived of the right to challenge the constitutional validity of the provision simply because of his attempt to minimize the impact it would have.

Does section 12 of the *Canada Evidence Act* violate the guarantee contained in s. 11(d) of the *Charter*? Clearly section 12 creates no presumption of guilt nor does it deprive the accused of the right "to be presumed innocent until proven guilty". The effect of the section is merely to permit the Crown to adduce evidence of prior convictions as they relate to credibility. The burden of proof remains upon the Crown and the introduction of prior convictions creates no presumption of guilt nor does it create a presumption that the accused should not be believed. The prior convictions are simply evidence for the jury to consider, along with everything else, in assessing the credibility of the accused. It remains, however, to consider whether it can be said that the effect of s. 12 is to deprive

Soulignons au départ que ce n'est pas, à strictement parler, à cause du contre-interrogatoire mené conformément à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* que le casier judiciaire de l'accusé a été porté à l'attention du jury. L'avocat de l'accusé a choisi de parler du casier judiciaire au cours de l'interrogatoire principal afin de «limiter les dégâts». À mon avis, le juge La Forest a raison de conclure que cela ne devrait pas empêcher l'accusé de contester la validité de l'art. 12. L'avocat de l'accusé n'a décidé de produire en preuve le casier judiciaire de l'accusé qu'après que le juge du procès eut rejeté sa demande visant à obtenir une décision que le casier judiciaire de l'accusé ne pourrait être produit en preuve par la poursuite au cours du contre-interrogatoire. Ayant à choisir entre soit produire le casier judiciaire lui-même, soit le voir divulgué, comme l'aurait fait inévitablement l'avocat de la poursuite, l'avocat de l'accusé a décidé que les intérêts de son client seraient mieux servis s'il présentait lui-même la preuve potentiellement dommageable. Bien que dans l'arrêt *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (C.S.N.-É., Div. App.), cela ait été jugé fatal à tout recours à la *Charte* pour contester l'art. 12, ce n'est pas, selon moi, une raison d'empêcher l'accusé de présenter son argument fondé sur la *Charte*. N'eût été l'art. 12, les antécédents criminels de l'accusé n'auraient pas été soumis au jury. L'accusé ne devrait pas se voir privé du droit de contester la constitutionnalité de cette disposition du simple fait qu'il a essayé d'en atténuer l'effet.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* viole-t-il la garantie énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*? De toute évidence, l'art. 12 ne crée aucune présomption de culpabilité ni ne porte atteinte au droit de l'accusé «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable». L'article a pour seul effet de permettre au ministère public de produire en preuve les condamnations antérieures dans la mesure où celles-ci se rapportent à la crédibilité. La charge de la preuve incombe toujours au ministère public et la production en preuve des condamnations antérieures ne fait naître aucune présomption de culpabilité ni aucune présomption que l'accusé est indigne de foi. Les condamnations antérieures constituent simplement un élément de preuve que le jury pourra

the accused of a "fair" trial in the sense that the introduction of such evidence would divert the jury from the task of deciding the case on the basis of admissible evidence legally relevant to the proof of the charge faced by the accused.

The essence of the *Charter* argument is that in light of the evidentiary rules restricting the admissibility of similar fact evidence and evidence relating to bad character, evidence of prior convictions against an accused person would ordinarily be inadmissible. Section 12 purports to make such evidence admissible on the issue of credibility only, but it is contended that the trier of fact will be incapable of restricting the use of such evidence to the issue of credibility. It is argued that permitting cross-examination on prior convictions unfairly prejudices an accused in the sense that it presents the trier of fact with evidence, not otherwise admissible, which the trier of fact will inevitably take into account not only on the issue of credibility but also on the ultimate issue of guilt or innocence. It is argued that when presented with such information, the jury will inevitably tend to conclude that the accused is a person of bad character or a person who has a propensity to commit criminal offences and hence draw an inference it is not legally entitled to draw.

It is the case that apart from its relevance to credibility, evidence of prior convictions would be inadmissible unless it met one of the exceptions to the general exclusion of similar fact evidence. Such evidence does not constitute proof that the accused committed the offence for which he is now being tried: *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481; *R. v. Stratton*, *supra*, at p. 461. It is also well-established that the trial judge is under a duty in cases where the accused has been cross-examined as to prior convictions to instruct the jury as to the limited

prendre en considération, avec tout le reste, pour déterminer la crédibilité de l'accusé. Il reste toutefois à examiner si on peut dire que l'art. 12 a pour effet de priver l'accusé d'un procès «équitable» en ce sens que la production d'un tel élément de preuve distrairait le jury de sa tâche de rendre un verdict en fonction d'une preuve admissible et juridiquement pertinente relativement à l'accusation portée contre l'accusé.

L'argument fondé sur la *Charte* porte essentiellement que, compte tenu des règles de preuve limitant l'admissibilité de la preuve de faits similaires et de la preuve de mauvaise moralité, la preuve des condamnations antérieures d'un accusé serait normalement inadmissible. L'article 12 rend cette preuve admissible relativement à la seule question de la crédibilité mais, prétend-on, le juge des faits sera incapable de limiter à cette question l'utilisation de ladite preuve. On soutient que permettre de procéder à un contre-interrogatoire au sujet des condamnations antérieures préjudicie injustement à un accusé en ce sens que sont présentés au juge des faits des éléments de preuve par ailleurs inadmissibles que celui-ci prendra inévitablement en considération non seulement relativement à la question de la crédibilité, mais aussi relativement à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence. Devant des renseignements de ce genre, fait-on valoir, le jury aura forcément tendance à conclure que l'accusé est une personne de mauvaise moralité ou une personne ayant une propension à commettre des infractions criminelles, et à tirer ainsi une conclusion qu'il n'est pas légalement autorisé à tirer.

Il est vrai que, mise à part sa pertinence relativement à la question de la crédibilité, la preuve des condamnations antérieures serait inadmissible à moins de relever d'une des exceptions à la règle générale de l'exclusion de la preuve de faits similaires. Une telle preuve n'établit nullement que l'accusé a commis l'infraction pour laquelle il subit maintenant son procès: *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65; *Koufis v. The King*, [1941] R.C.S. 481; *R. v. Stratton*, précité, à la p. 461. Il est en outre bien établi que le juge du procès est tenu, dans les cas où l'accusé a été contre-interrogé relativement

permissible use it can make of such evidence: *R. v. Stratton, supra*; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (Sask. C.A.); *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279 (Man. C.A.)

It is argued, however, that even if prior convictions do bear to some extent upon credibility, the jury simply cannot be trusted with the information as, even if a clear instruction is given, the jury cannot avoid falling into the error of convicting the accused on the basis that he is a person who has a propensity to offend. Such a conclusion would run counter to the well-established exclusionary rules relating to similar fact evidence and evidence of bad character. The issue to be faced, therefore, is whether the risk that the jury will use the evidence of prior convictions for an improper purpose is so great that Parliament is not entitled to provide, as it has in s. 12 of the *Canada Evidence Act*, that a witness, specifically in this case an accused, may be cross-examined as to prior criminal convictions.

Every reported decision that discusses the relationship between s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* and s. 11(d) of the *Charter* has concluded that s. 12(1) does not infringe the rights guaranteed in s. 11(d). In *R. v. Grosse, supra*, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that the *Charter* did not apply on the facts of that case because of the problem of retrospectivity. However, Morrison J.A., who wrote the Court's unanimous decision, did deal with the merits of the *Charter* argument and concluded as follows, at p. 473:

... I do not think that the provisions of s. 12 of the *Canada Evidence Act* offends the guarantee of the presumption of innocence until proven guilty by a fair and impartial tribunal in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this respect the jury was properly instructed on the limited use of evidence as to the prior criminal record of the accused. The learned trial judge carefully pointed out to the jury that the existence of a prior criminal record could only be used by the jury in considering the credibility of the

à ses condamnations antérieures, de donner au jury des directives concernant l'usage limité qu'il lui est permis de faire de cette preuve: *R. v. Stratton, précité*; *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (C.A. Sask.); *R. v. Bodnarchuk* (1949), 94 C.C.C. 279 (C.A. Man.)

On fait valoir cependant que, même si les condamnations antérieures influent dans une certaine mesure sur la crédibilité, on ne peut simplement pas confier ces renseignements au jury car, même à supposer qu'il ait reçu des directives claires, il ne pourra s'empêcher de commettre l'erreur de déclarer l'accusé coupable pour le motif qu'il s'agit d'une personne ayant des penchants criminels. Or, pareille conclusion irait à l'encontre des règles d'exclusion bien établies pour la preuve de faits similaires et la preuve de mauvaise moralité. La question qui se pose donc est de savoir si le risque que le jury fasse mauvais usage de la preuve des condamnations antérieures est tellement grand que le législateur ne saurait édicter, comme il l'a fait à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qu'un témoin, et plus particulièrement, en l'espèce, un accusé, peut être contre-interrogé concernant ses condamnations criminelles antérieures.

Dans toutes les décisions publiées qui traitent du rapport entre le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'al. 11d) de la *Charte*, on a conclu que le par. 12(1) ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'al. 11d). La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans l'arrêt *R. v. Grosse, précité*, a jugé la *Charte* inapplicable aux faits de cette affaire, en raison du problème de la rétroactivité. Toutefois, le juge Morrison, qui a rédigé l'arrêt unanime de la cour, a examiné la valeur de l'argument fondé sur la *Charte* et est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 473:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas que les dispositions de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* violent le droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable par un tribunal équitable et impartial. À cet égard, le jury a reçu des directives appropriées concernant l'usage limité qu'il pouvait faire de la preuve du casier judiciaire de l'accusé. Le savant juge du procès a pris soin de faire remarquer aux jurés qu'ils ne pouvaient tenir compte de l'existence d'un

witness. This is the standard direction given to a jury when dealing with this type of evidence.

In *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1986] 2 S.C.R. vii), the Manitoba Court of Appeal reached a similar conclusion. Similarly, in *R. v. Jarosz, supra*, Davies J. of the British Columbia Supreme Court concluded as follows, at p. 335:

However, in criminal, especially sexual cases, credibility is often critical. Both the Crown and the accused should have the ability to test the credibility of the witnesses within the limits of the law. That is the interpretation that has been placed on s. 12 of the *Canada Evidence Act*, and I find that the procedure does not offend the provisions of s. 11(d). The accused's presumption of innocence still stands. In my view, if there is to be a change with respect to the examination of the accused person on his record, that change will have to be made by the Parliament of Canada.

It is my view that on the facts of the present case, a serious imbalance would have arisen had the jury not been apprised of Corbett's criminal record. Counsel for Corbett vigorously attacked the credibility of the Crown witnesses and much was made of the prior criminal records of Marcoux and Bergeron. What impression would the jury have had if Corbett had given his evidence under a regime whereby the Crown was precluded from bringing to the jury's attention the fact that Corbett had a serious criminal record? It would be impossible to explain to the jury that one set of rules applies to ordinary witnesses, while another applies to the accused, for the very fact of such an explanation would undermine the purpose of the exclusionary rule. Had Corbett's criminal record not been revealed, the jury would have been left with the quite incorrect impression that while all the Crown witnesses were hardened criminals, the accused had an unblemished past. It cannot be the case that nothing short of this entirely misleading situation is required to satisfy the accused's right to a fair trial.

There is perhaps a risk that if told of the fact that the accused has a criminal record, the jury

casier judiciaire que dans leur appréciation de la crédibilité du témoin. Il s'agit là de la directive normalement donnée au jury lorsque ce type de preuve a été produit.

Dans l'arrêt *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 2 R.C.S. vii), la Cour d'appel du Manitoba a tiré une conclusion semblable. De même, dans la décision *R. v. Jarosz, précitée*, le juge Davies de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu, à la p. 335:

[TRADUCTION] Dans les affaires criminelles, cependant, et surtout dans celles qui revêtent un caractère sexuel, la question de la crédibilité est souvent cruciale. Le ministre public et l'accusé doivent tous les deux pouvoir vérifier la crédibilité des témoins dans les limites légalement permises. C'est ainsi qu'a été interprété l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et j'estime que cette façon de procéder ne contrevient pas aux dispositions de l'al. 11d). L'accusé bénéficie toujours de la présomption d'innocence. À mon avis, s'il doit y avoir une modification en ce qui concerne l'interrogatoire d'un accusé au sujet de son casier judiciaire, cette modification devra être apportée par le législateur fédéral.

Selon moi, étant donné les faits de l'espèce, un grave déséquilibre aurait résulté si le jury n'avait pas été informé du casier judiciaire de Corbett. L'avocat de ce dernier a vigoureusement attaqué la crédibilité des témoins à charge et on a fait grand cas des casiers judiciaires de Marcoux et de Bergeron. Quelle aurait été l'impression du jury si Corbett avait déposé dans un contexte où il aurait été défendu au ministre public d'attirer l'attention du jury sur le fait que Corbett avait un lourd casier judiciaire? Il serait impossible d'expliquer au jury que les règles qui s'appliquent aux témoins ordinaires sont différentes de celles qui s'appliquent à l'accusé, car le fait même de donner une telle explication minerait l'objet de la règle d'exclusion. Si le casier judiciaire de Corbett n'avait pas été révélé, le jury aurait cru, à tort, que tous les témoins à charge étaient des criminels endurcis tandis que l'accusé avait un passé sans reproche. Il ne se peut pas que le droit de l'accusé à un procès équitable ne puisse être respecté qu'au prix de cette situation entièrement trompeuse.

Il y a peut-être le risque que le jury, si on lui apprenait que l'accusé a un casier judiciaire, atta-

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

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value.

The balance struck by the combination of the *Canada Evidence Act*, s. 12, and the requirement for a clear direction from the judge is admirably summed up in the following passage from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.), at pp. 441-42:

An accused who gives evidence has a dual character. As an accused he is protected by an underlying policy rule against the introduction of evidence by the prosecution tending to show that he is a person of bad character, subject, of course, to the recognized exceptions to that rule. As a witness, however, his credibility is subject to attack. If the position of an accused who gives evidence is assimilated in every respect to that of an ordinary witness he is not protected against cross-examination with respect to discreditable conduct and associations.

If an accused could in every case be cross-examined with a view to showing that he is a professional criminal under the guise of an attack upon his credibility as a witness it would be virtually impossible for him to receive a fair trial on the specific charge upon which he is being tried. It is not realistic to assume that, ordinarily, the jury will be able to limit the effect of such a cross-examination to the issue of credibility in arriving at a verdict.

che à ce fait plus d'importance qu'il ne le devrait. Cependant, la dissimulation du casier judiciaire d'un accusé qui témoigne prive le jury de renseignements se rapportant à sa crédibilité et crée un risque sérieux que le jury obtienne une description trompeuse de la situation.

À mon avis, la meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit faire de ces renseignements. Les règles qui imposent des restrictions aux renseignements pouvant être portés à la connaissance du juge des faits devraient être évitées sauf en dernier recours. Il vaut mieux s'en remettre au bon sens des jurés et leur donner tous les renseignements pertinents, à condition que ceux-ci soient accompagnés de directives claires dans lesquelles le juge du procès précise les limites de leur valeur probante en droit.

L'équilibre atteint par la conjugaison de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'exigence que le juge donne des directives claires est admirablement résumé dans l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'affaire *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.), aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] L'accusé qui témoigne a deux qualités. En tant qu'accusé il est protégé par une règle fondamentale de politique générale qui interdit à la poursuite de produire des éléments de preuve tendant à démontrer sa mauvaise moralité, sous réserve évidemment des exceptions reconnues à cette règle. En sa qualité de témoin, cependant, sa crédibilité peut être attaquée. Si la situation d'un accusé qui témoigne est assimilable à tous les égards à celle d'un témoin ordinaire, il n'y a rien qui s'oppose à ce qu'il soit contre-interrogé sur toute conduite déshonorante qu'il a pu avoir et sur sa fréquentation d'individus louches.

Si, sous prétexte d'attaquer sa crédibilité en tant que témoin, on pouvait dans tous les cas soumettre un accusé à un contre-interrogatoire destiné à démontrer qu'il est un criminel professionnel, il lui serait alors presque impossible de subir un procès équitable relativement à l'accusation précise pour laquelle il se fait juger. Il est irréaliste de supposer qu'en temps normal le jury sera en mesure, aux fins de son verdict, de ne tenir compte d'un tel contre-interrogatoire qu'à l'égard de la question de la crédibilité.

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests, which endeavours so far as possible to recognize the purpose of both rules and does not give effect to one to the total exclusion of the other.

One can now add on the accused's side of the balance the discretion in the trial judge to exclude evidence of prior convictions in those unusual circumstances where a mechanical application of s. 12 would undermine the right to a fair trial.

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

À mon avis, la règle de politique générale qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires, équilibre par lequel on essaie autant que possible de reconnaître l'objet des deux règles sans appliquer l'une à l'exclusion totale de l'autre.

On peut maintenant ajouter dans la balance, en faveur de l'accusé, le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès d'écarter la preuve de ses condamnations antérieures dans les cas exceptionnels où l'application automatique de l'art. 12 minerait son droit à un procès équitable.

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

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them. The ramifications of any such statement could be enormous. Moreover, the fundamental right to a jury trial has recently been underscored by s. 11(f) of the *Charter*. If that right is so important, it is logically incoherent to hold that juries are incapable of following the explicit instructions of a judge. Yet it is just this holding that is urged upon this Court by the appellant, for it is only this holding that can justify the conclusion that when s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* is employed against an accused, the section infringes the accused's right to a "fair hearing".

The dissent in the Court of Appeal of British Columbia relied heavily upon two sociological studies which purported to demonstrate that jurors are incapable of distinguishing between evidence that goes to guilt and evidence that goes to credibility. Those studies have been analyzed with great sophistication by the intervener, the Attorney General of Canada, and the scientific method of the studies has been cast into doubt. Moreover, the Attorney General of Canada refers to other sociological and psychological studies that call into question the conclusions of the data relied upon by Hutcheon J.A. in dissent. It is not possible to undertake a complete analysis of all these studies for the purposes of this judgment, but the conflicting results and the inherent limitations of such investigations should cause the Court to be wary of relying upon the data adduced by the appellant before the Court of Appeal.

We should maintain our strong faith in juries which have, in the words of Sir William Holdsworth, "for some hundreds of years been constant-

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtile. Mais tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d'avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné récemment par l'al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d'un juge. Pourtant, c'est précisément ce que l'appelant demande à cette Cour de conclure, car il n'y a que cette conclusion qui puisse justifier une décision portant que, lorsqu'il est invoqué contre un accusé, le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* viole le droit dudit accusé à un «procès équitable».

L'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel de la Colombie-Britannique repose en grande partie sur deux études sociologiques tendant à démontrer que les jurés sont incapables de distinguer entre une preuve qui se rapporte à la culpabilité et une preuve qui se rapporte à la crédibilité. Les études en question ont fait l'objet d'une analyse fort poussée de la part de l'intervenant, le procureur général du Canada, et on a soulevé des doutes concernant la méthode scientifique employée dans leur réalisation. Au surplus, le procureur général du Canada se réfère à d'autres études sociologiques et psychologiques qui mettent en doute les conclusions tirées dans les études invoquées par le juge Hutcheon, dissident. Il est impossible d'entreprendre, aux fins de l'espèce, une analyse complète de toutes ces études, mais leurs résultats contradictoires ainsi que les limitations inhérentes à de telles enquêtes devraient inciter la Cour à hésiter à se fier aux données produites par l'appelant devant la Cour d'appel.

Nous devrions conserver notre foi dans les jurys qui, comme l'a affirmé sir William Holdsworth, [TRADUCTION] «depuis des centaines d'années



ly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense" (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 349).

To root the discussion firmly in the soil of common sense, I would simply quote the words of Seaton J.A. in the Court of Appeal (at p. 138):

Here the witnesses for the Crown were cross-examined regarding their previous convictions and the trial judge warned the jury about believing such people. The cross-examination was conducted and the warning given because a previous record is generally thought to indicate a person whose evidence should not be accepted too quickly. Experience has shown such people not to be reliable. The appellant wants the benefit of all that, but he wants us to hide from the jury that he is much the same as the other witnesses. Maybe worse. I do not think that he is entitled to that. It is not an essential ingredient in a fair trial.

There are many situations where the jury is permitted to hear and use evidence relevant to one issue, but not to another. In these situations, all that is required is a clear direction to the jury indicating what is permissible use and what is not.

For example, in some cases, similar fact evidence is admissible to show some particular trait or design. At the same time, however, the jury must be told that it is not permissible simply to conclude that the accused has a general propensity to do evil from which the inference can be drawn that he or she committed the particular offence charged: *Makin v. Attorney-General for New South Wales, supra*.

In the joint trial of the co-accused, the confession of one accused is admissible against that accused only, and the jury must be instructed that such evidence cannot be taken into account in determining the guilt of the co-accused. See, e.g., *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, at p. 439; *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138 (C.C.A.); and *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), where Addy J. stated as follows, at p. 279:

n'ont cessé d'appliquer les règles de droit en fonction du bon sens contemporain» (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, à la p. 349).

a

Pour insuffler une solide dose de bon sens à l'analyse, je cite simplement les propos tenus par le juge Seaton en Cour d'appel (à la p. 138):

b

[TRADUCTION] En l'espèce, les témoins à charge ont été contre-interrogés relativement à leurs condamnations antérieures et le juge du procès a averti le jury du danger qu'il y avait à croire ces gens. Le contre-interrogatoire a été tenu et la mise en garde faite parce qu'un casier judiciaire est généralement considéré comme une indication qu'il s'agit d'une personne dont le témoignage est sujet à caution. L'expérience démontre que de telles personnes ne sont pas dignes de foi. L'appelant désire profiter de tout cela, mais en même temps, il ne veut pas que nous disions au jury qu'à cet égard il ressemble aux autres témoins. Peut-être pire. Je ne crois pas qu'il a droit à cela. Ce n'est pas un élément essentiel d'un procès équitable.

c

d

Il existe bien des cas où il est permis au jury d'entendre et d'utiliser des éléments de preuve qui se rapportent à une question, mais non à une autre. Dans ces cas-là, il suffit simplement de donner au jury des directives claires quant à ce qui est un usage permis et quant à ce qui ne l'est pas.

e

Dans certains cas, par exemple, une preuve de faits similaires est admissible pour établir une caractéristique ou un dessein particuliers. En même temps, cependant, il faut dire au jury qu'il ne saurait simplement conclure que l'accusé a une propension générale au mal, qui permet de déduire qu'il a commis l'infraction précise qu'on lui reproche: *Makin v. Attorney-General for New South Wales, précité*.

f

g

Au procès conjoint de coaccusés, la confession d'un accusé n'est admissible que contre lui et on doit dire aux jurés qu'ils ne peuvent prendre cette preuve en considération pour déterminer la culpabilité d'un coaccusé. Voir, par exemple, *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438, à la p. 439, *R. v. Rudd* (1948), 32 Cr. App. R. 138 (C.C.A.), et *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (S.C. Ont.), où le juge Addy affirme, à la p. 279:

h

i

j

I feel that it is quite possible, as has been done in many cases in the past, to explain clearly to the jury, in such a way that they will govern themselves in accordance with the directions of the Judge, that the confession of one accused in a joint trial is not evidence against his co-accused. The danger of a miscarriage of justice clearly exists and must be taken into account but, on the other hand, I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries, and what has been regarded for centuries as a bulwark of our democratic system and a guarantee of our basic freedoms under the law would in fact be nothing less than a delusion.

Proof of a prior inconsistent statement by a witness is only relevant to the credibility of the witness and not as proof of the facts given in the prior statement and the jury must be so told: *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, at p. 278, *per* McIntyre J.

If risk that the jury might misuse evidence were enough to render such evidence inadmissible in all cases, then in each of the situations just identified, the evidence would have to be excluded. Yet the risk of error inherent in depriving the jury of such information is so strong that the balance is struck by allowing the evidence to be received, subject to the trial judge's discretion, but at the same time insisting on a careful direction from the trial judge as to the permissible conclusion or inferences which may be drawn. As it was put in an American decision (*State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982), at p. 731, *per* Durham J.), "If we are to continue in our belief that a trial by a jury of 12 peers offers the fairest determination of guilt or innocence, then we must credit the jury with the intelligence and conscience to consider evidence of prior convictions only to impeach the credibility of the defendant if it is so instructed." Similarly, in *State v. Ruzicka*, *supra*, at p. 1214, Hamilton J. stated: "We are not convinced that juries either cannot or willfully do not follow the court's instructions to use evidence of a defend-

[TRANSDUCTION] À mon sens, il est tout à fait possible, comme on l'a souvent fait dans le passé, d'expliquer clairement aux jurés, de telle manière qu'ils agissent en conformité avec les directives du juge, que la confession d'un des accusés dans un procès conjoint n'est pas un élément de preuve pouvant être retenu contre un coaccusé. Il y a évidemment un danger réel de déni de justice, ce qui doit être pris en considération mais, d'un autre côté, je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être et ce qui a été considéré depuis des siècles comme un bastion de notre système démocratique et une garantie de nos libertés fondamentales se révélerait purement illusoire.

La preuve d'une déclaration antérieure incompatible faite par un témoin n'est pertinente que relativement à la crédibilité de ce témoin et ne constitue nullement une preuve des faits exposés dans ladite déclaration antérieure, et le jury doit être prévenu de cela: *Deacon v. The King*, [1947] R.C.S. 531, *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, à la p. 278, le juge McIntyre.

Si le risque que le jury fasse mauvais usage de certains éléments de preuve suffisait pour les rendre inadmissibles dans tous les cas, alors l'exclusion serait obligatoire dans chacun des cas qui viennent d'être mentionnés. Pourtant, le risque d'erreur est tellement grand lorsque le jury est privé de ces renseignements qu'on assure l'équilibre entre les parties en permettant la réception des éléments de preuve en question, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès; mais on tient en même temps à ce que le juge du procès prenne soin de donner des directives concernant les conclusions qui peuvent en être tirées. Comme on l'a dit dans une décision américaine (*State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982), à la p. 731, le juge Durham): [TRANSDUCTION] «Si nous voulons maintenir notre conviction que c'est le procès avec un jury composé de douze pairs qui permet de déterminer de la manière la plus équitable la culpabilité ou l'innocence, alors il faut reconnaître aux jurés suffisamment d'intelligence et de conscience pour ne tenir compte de la preuve de condamnations antérieures

ant's prior criminal record only in weighing the defendant's veracity on the witness stand."

It is worth noting as well that it would be quite wrong to view this aspect of s. 12 and evidence in relation to prior convictions in isolation. Judicial decisions have carefully circumscribed the extent to which the Crown may use prior convictions. It has been held, for example, that the accused may be examined only as to the fact of the conviction itself and not concerning the conduct which led to that conviction: *R. v. Stratton, supra*, at p. 467; *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *Koufis v. The King, supra*. Similarly, it has been held that an accused cannot be cross-examined as to whether he testified on the prior occasion when convicted in order to show that he is one who was not believed by a jury on a previous occasion: *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (Man. C.A.) The Crown is not entitled to go beyond prior convictions to cross-examine an accused as to discreditable conduct or association with disreputable individuals to attack his credibility: *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34 (N.S.S.C. App. Div.), at pp. 45-46; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur, supra*, at p. 444; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182 (Ont. C.A.), at p. 197. Unless the accused takes the stand, the Crown is not permitted to adduce evidence of prior convictions, even if the accused has launched an attack on the character of Crown witnesses: *R. v. Butterwasser*, [1948] 1 K.B. 4 (C.C.A.) It has been held that an accused may be cross-examined only as to "convictions" strictly construed and that there can be no cross-examination where the accused was found guilty and granted a conditional discharge, conditions

que relativement à la crédibilité du défendeur s'ils reçoivent des directives en ce sens.» De même, dans la décision *State v. Ruzicka*, précitée, à la p. 1214, le juge Hamilton a affirmé: [TRADUCTION] «Nous ne sommes pas convaincus que les jurys ne peuvent suivre ou refusent délibérément de suivre les directives de la cour lorsque celle-ci leur enjoint de ne se servir de la preuve du casier judiciaire d'un défendeur que pour apprécier sa véracité lorsqu'il témoigne.»

Il convient également de faire remarquer qu'on aurait bien tort de considérer isolément cet aspect de l'art. 12 et la preuve relative aux condamnations antérieures. La jurisprudence a soigneusement délimité l'usage que le ministère public peut faire de condamnations antérieures. On a conclu, par exemple, que l'accusé ne peut être interrogé que sur le fait de la condamnation elle-même et non pas sur la conduite qui a amené cette condamnation: *R. v. Stratton*, précité, à la p. 467; *R. v. Laurier* (1983), 1 O.A.C. 128; *Koufis v. The King*, précité. Dans le même ordre d'idées, il a été conclu qu'on ne saurait, dans le but de démontrer que son témoignage a déjà été rejeté par un jury, demander à un accusé au cours du contre-interrogatoire s'il a témoigné à l'occasion antérieure où il a été déclaré coupable: *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (C.A. Man.) Par ailleurs, le ministère public, en attaquant la crédibilité de l'accusé, n'a pas le droit d'aller au-delà de ses condamnations antérieures et de le contre-interroger sur toute conduite déshonorante qu'il a pu avoir ou sur sa fréquentation d'individus louches: *R. v. Waite* (1980), 57 C.C.C. (2d) 34 (C.S.N.-É., Div. App.), aux pp. 45 et 46; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur*, précité, à la p. 444; *R. v. MacDonald* (1939), 72 C.C.C. 182 (C.A. Ont.); à la p. 197. À moins que l'accusé ne témoigne lui-même, il est interdit au ministère public de produire une preuve de ses condamnations antérieures, même si l'accusé a mis en doute la bonne moralité de certains témoins à charge: *R. v. Butterwasser*, [1948] 1 K.B. 4 (C.C.A.) Il a été décidé en outre qu'un accusé ne peut être contre-interrogé que relativement à ses «condamnations» au sens strict et qu'aucun contre-interrogatoire n'est possible lorsque l'accusé, après avoir été reconnu coupable, s'est vu accorder une libération conditionnelle et qu'il a

subsequently having been fulfilled: *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.)

These limitations on the use of prior convictions, together with the discretion recognized by the reasons of La Forest J., demonstrate a marked solicitude for the right of the accused to a fair trial and indicate that the law relating to the use of prior convictions strives to avoid the risk of prejudicing an accused's trial by introduction of evidence of prior misdeeds. Taken as a whole, this body of law is entirely protective of the right of the accused not to be convicted except on evidence directly relevant to the charge in question. Within this context, it cannot be said that s. 12 of the *Canada Evidence Act* operates in such a way as to deprive the accused of the right to a fair trial.

## VII

### Does a Trial Judge have the Discretion to Preclude Cross-examinations as to Prior Convictions?

I agree with my colleague, La Forest J., that basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy which would permit into evidence everything logically probative of some fact in issue, subject to the recognized rules of exclusion and exceptions thereto. Thereafter the question is one of weight. The evidence may carry much weight, little weight, or no weight at all. If error is to be made it should be on the side of inclusion rather than exclusion and our efforts in my opinion, consistent with the ever-increasing openness of our society, should be toward admissibility unless a very clear ground of policy or law dictates exclusion.

I agree with La Forest J. that the trial judge has a discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case.

par la suite rempli les conditions de cette libération: *R. v. Danson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.)

Ces restrictions imposées à l'usage des condamnations antérieures, conjuguées avec le pouvoir discrétionnaire reconnu dans les motifs du juge La Forest, traduisent une vive préoccupation pour le droit de l'accusé à un procès équitable et révèlent que le droit régissant l'usage des condamnations antérieures vise autant que possible à écarter le risque que le procès d'un accusé soit compromis par la production d'une preuve de ses méfaits antérieurs. Dans l'ensemble, le droit dans ce domaine protège sans réserve le droit d'un accusé de n'être déclaré coupable que sur la foi d'une preuve se rapportant directement à l'accusation en cause. Dans ce contexte, on ne saurait prétendre que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour effet de priver l'accusé du droit à un procès équitable.

## VII

### Le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'interdire les contre-interrogatoires relatifs aux condamnations antérieures?

Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest pour dire que les règles fondamentales du droit de la preuve comportent un principe d'inclusion en vertu duquel il est permis de produire en preuve tout ce qui sert logiquement à prouver un fait en litige, sous réserve des règles d'exclusion reconnues et des exceptions à celles-ci. Pour le reste, c'est une question de valeur probante. La valeur probante d'un élément de preuve peut être forte, faible ou nulle. En cas de doute, il vaut mieux pécher par inclusion que par exclusion et, à mon avis, conformément à la transparence de plus en plus grande de notre société, nous devrions nous efforcer de favoriser l'admissibilité, à moins qu'il n'existe une raison très claire de politique générale ou de droit qui commande l'exclusion.

Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, une preuve préjudiciable de condamnations antérieures.

However, I respectfully disagree with my colleague La Forest J. that this discretion should have been exercised in favour of the appellant in the circumstances of the present case. In his reasons, La Forest J. provides a useful catalogue of factors to which reference may be had in determining how this discretion is to be exercised. In my view, however, my colleague gives too little weight to the fact that in this case, the accused appellant made a deliberate attack on the credibility of Crown witnesses, largely based upon their prior records. The issue for the jury was solely that of credibility. As La Forest J. observes, this evidence would not have been excluded under the more comprehensive scheme of the governing English statute. In my view, excluding evidence of Corbett's prior criminal record would have created a serious imbalance. Had Corbett's record been excluded, the jury, as I have earlier indicated, would have been left with the entirely mistaken impression that while the Crown witnesses were hardened criminals, Corbett had an unblemished record. The problem could not be solved, in my view, by admitting into evidence all the convictions, save that for murder. Apart from the murder conviction in 1971, the earlier convictions dated back over thirty years to 1954. I am not all persuaded that the imbalance between the Crown and accused would have been avoided by admitting only evidence of convictions for offences committed in the accused's youth. It is my view, therefore, that the jury would have been misled rather than aided by the exclusion of the evidence, and that in the circumstances it cannot be said that admission of the evidence was unfairly prejudicial.

## IX

Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner following:

Question 1 Section 12(1) of the *Canada Evidence Act* is not inconsistent with s. 11(d) of

En toute déférence, je ne suis cependant pas d'accord avec lui pour dire que ce pouvoir discrétionnaire aurait dû être exercé en faveur de l'appellant dans les circonstances de la présente affaire. Dans ses motifs, le juge La Forest dresse une liste utile des facteurs dont on peut tenir compte en déterminant comment ce pouvoir discrétionnaire doit s'exercer. Selon moi, toutefois, mon collègue n'accorde pas assez de poids au fait qu'en l'espèce l'accusé appellant a délibérément attaqué la crédibilité des témoins à charge, en se fondant principalement sur leurs casiers judiciaires. La question à trancher par le jury était uniquement celle de la crédibilité. Comme le fait remarquer le juge La Forest, la preuve en cause n'aurait pas été exclue sous le régime de portée plus large établi par la loi anglaise dans ce domaine. À mon avis, l'exclusion de la preuve des antécédents criminels de Corbett aurait créé un grave déséquilibre. Si son casier judiciaire avait été exclu, le jury, comme je l'ai déjà indiqué, aurait eu l'impression tout à fait erronée que les témoins à charge étaient des criminels endurcis tandis que Corbett avait un passé sans reproche. Ce problème ne pouvait, selon moi, être résolu par l'admission en preuve de toutes les condamnations sauf celle pour meurtre. Abstraction faite de la condamnation pour meurtre en 1971, les condamnations antérieures remontaient à 1954, soit une trentaine d'années auparavant. Or, je ne suis pas du tout convaincu que le déséquilibre entre le ministère public et l'accusé aurait été évité si on avait admis en preuve seulement les condamnations pour des infractions commises par l'accusé pendant sa jeunesse. J'estime donc que l'exclusion de cette preuve, loin d'aider le jury, l'aurait induit en erreur et que, dans les circonstances, on ne saurait affirmer que son admission a préjudicié injustement à l'accusé.

## IX

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1 Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas incompati-

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Question 2 In light of the answer to question 1, question 2 need not be answered.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I concur with the Chief Justice.

However, I wish to add the following observation.

In my view, s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, would not conform with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* unless it be construed as leaving room for the trial judge's discretion to disallow the cross-examination of an accused as to prior convictions if the convictions are of tenuous probative value in assessing credibility and their disclosure would be highly prejudicial to the accused.

The reasons of McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Dickson C.J. and La Forest J. I am in agreement with the result which has been proposed by the Chief Justice and in general agreement with his reasons, subject to the qualification which follows. I do not agree that a trial judge has a discretion, in the face of the clear words of s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, to exclude questions by Crown counsel as to past criminal convictions of an accused who gives evidence at his trial.

Both the Chief Justice and La Forest J. found that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* does not offend s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with this conclusion. While the Chief Justice agreed with La Forest J. that there is "a discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case", his finding that s. 12(1) does not infringe

ble avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Question 2 Compte tenu de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je souscris à l'opinion du Juge en chef.

Je désire toutefois ajouter le commentaire suivant.

À mon avis, le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, ne serait pas compatible avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à moins qu'on ne l'interprète comme accordant au juge du procès la discrétion de refuser le contre-interrogatoire d'un accusé au sujet de ses condamnations antérieures, si ces condamnations sont d'une valeur probante tenue dans l'évaluation de la crédibilité du témoignage et si leur dévoilement est hautement préjudiciable à l'accusé.

Version française des motifs des juges McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues, le juge en chef Dickson et le juge La Forest. Sous réserve de ce qui suit, je souscris à la conclusion proposée par le Juge en chef et je souscris globalement à ses motifs. Je ne suis pas d'accord pour dire que, compte tenu du texte clair de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter les questions posées par le ministère public sur les condamnations antérieures d'un accusé qui témoigne à son procès.

Tant le Juge en chef que le juge La Forest ont conclu que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'accord avec cette conclusion. Quoique le Juge en chef soit d'accord avec le juge La Forest pour dire que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, une preuve préjudicia-

the *Charter* guarantee in s. 11(d) is abundantly supported in his reasons independently of the existence of such a discretion and on that basis I adopt them.

There is no reference in the terms of s. 12(1), or any part of the *Canada Evidence Act*, which would relate to s. 12, to a judicial discretion to relieve against the application of that section. Neither subs. (1) nor subs. (2) of s. 12 contains any mention of a judicial discretion in its application and, indeed, specific permission to put such questions, coupled with specific power to prove the fact of past convictions in the event of denial, would clearly override any such discretion if it had existed. The only support for the existence of such a discretion in the jurisprudence of this Court is found in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, which recognizes a discretion to exclude otherwise admissible evidence where it would operate unfairly to the accused, and which is of little probative value but of serious prejudicial effect. The doctrine of parliamentary supremacy leaves no room, in the absence of a *Charter* infringement, for unauthorized judicial intervention in such a case, and there is no doctrine known to the law which affords a court the authority to elevate a general common law discretionary power to the level of an amendment to a specific and clear provision, such as s. 12 of the *Canada Evidence Act*, which gives unequivocal permission to Crown counsel to put the questions and gives no power to a trial judge to exclude them: see *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.)

Whatever discretion may have existed to permit a trial judge to exclude admissible evidence at common law, on no basis of authority or principle could such a discretion have empowered a court to exclude questions to a witness as to past convictions in the face of the clear words of s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*, a legislative provision specifically found not to be inconsistent with the *Charter*. To admit such a discretion would be

ble de condamnations antérieures», sa conclusion portant que le par. 12(1) ne viole pas le droit garanti par la *Charte* à l'al. 11d) est largement appuyée par ses motifs indépendamment de l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire et, sur ce fondement, je les adopte.

Rien au par. 12(1), ni d'ailleurs dans d'autres parties de la *Loi sur la preuve au Canada* qui pourraient se rapporter à l'art. 12, ne mentionne de pouvoir judiciaire discrétionnaire permettant d'écarter l'application de cet article. Ni le par. (1), ni le par. (2) de l'art. 12 ne mentionnent que leur application respective peut dépendre d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire et, de fait, la permission précise de poser ces questions, jointe au pouvoir précis de prouver l'existence des condamnations antérieures si l'accusé les nie, contribuerait clairement à l'élimination d'un tel pouvoir s'il a jamais existé. Le seul appui que la jurisprudence de cette Cour donne à l'existence d'un tel pouvoir se trouve dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, qui reconnaît le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve par ailleurs recevable s'il est inéquitable envers l'accusé de l'admettre et si sa valeur probante est faible, mais qu'elle a un effet fortement préjudiciable. La doctrine de la suprématie du Parlement ne permet pas, en l'absence d'une violation de la *Charte*, une intervention judiciaire non autorisée en pareil cas et aucun principe juridique connu n'accorde à un tribunal le pouvoir ou la compétence de faire passer un pouvoir discrétionnaire général de *common law* au rang de modification d'une disposition précise et claire comme l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui donne la permission sans équivoque au substitut de poser des questions et n'accorde aucun pouvoir au juge du procès de les exclure: voir *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.)

Quel que soit le pouvoir discrétionnaire qui a pu permettre aux juges du procès d'exclure des éléments de preuve admissibles en *common law*, rien dans la jurisprudence ou dans les principes ne permet de conclure qu'un tribunal pouvait, en vertu de ce pouvoir discrétionnaire, interdire que soient posées à un témoin des questions concernant ses condamnations antérieures, compte tenu du texte clair du par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au*

tantamount to holding that Parliament could not by clear legislative enactment alter the common law. I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—The appellant, Lawrence Wilburn Corbett, seeks to have his conviction of second degree murder of one Réal Pinsonneault set aside. The principal ground of appeal is that evidence of a highly prejudicial previous conviction of non-capital murder should not have been admitted into evidence.

Section 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended, permits the admission into evidence of the fact of a witness' previous convictions; such evidence is thought to be relevant to a witness' credibility. However, the appellant contends that s. 12, certainly as it has thus far been interpreted, is inconsistent with ss. 11(d) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that s. 12 applies to a person charged with an offence. Under section 11(d), a person is "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal" (emphasis added). Again section 7 accords everyone "the right to . . . liberty . . . and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". These provisions, the appellant asserts, guarantee him a fair trial free from prejudice.

As noted the alleged unfairness specifically addressed on behalf of the appellant was the admission into evidence of the fact of his conviction of non-capital murder which, on the prevailing interpretation of s. 12 originally adopted in *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.), the trial judge had no discretion to exclude. The conceptual underpinnings of *Stratton*, the argument continued, were removed by the *Charter* and

*Canada*, une disposition qui a été expressément jugée compatible avec la *Charte*. Admettre l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire reviendrait à dire que le Parlement ne saurait par un texte législatif explicite modifier la *common law*. Je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—L'appellant, Lawrence Wilburn Corbett, demande l'annulation du verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu contre lui relativement à la mort d'un nommé Réal Pinsonneault. Le moyen principal invoqué par l'appellant est qu'une preuve fortement préjudiciable d'une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié n'aurait pas dû être admise.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10 et ses modifications, autorise l'admission en preuve des condamnations antérieures d'un témoin; cette preuve est considérée comme pertinente quant à la question de la crédibilité de ce dernier. L'appellant prétend cependant que l'art. 12, si l'on s'en tient à l'interprétation qu'il a reçue jusqu'à présent, est incompatible avec l'al. 11d) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il s'applique à un inculpé. Aux termes de l'al. 11d), chacun a le droit «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» (je souligne). Pour ce qui est de l'art. 7, il dispose que chacun a «droit [...] à la liberté [...]» et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Ces dispositions, affirme l'appellant, lui garantissent un procès équitable exempt de tout préjugé.

Comme nous l'avons déjà fait observer, l'inéquité dont on se plaint expressément pour le compte de l'appellant est l'admission en preuve de sa déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié, que, selon l'interprétation courante de l'art. 12 initialement adoptée dans l'arrêt *R. v. Stratton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.), le juge du procès n'avait aucun pouvoir discrétionnaire d'exclure. La *Charte*, poursuit-on, est venue dépouiller



so s. 12 was rendered of no force or effect by the *Charter*, or, at the very least, should now be so read as to import a discretion in the trial judge to exclude evidence, with the result that the previous conviction of non-capital murder, should in the present case not have been disclosed to the jury. This exclusion, he argued, was necessary to ensure the appellant of his right accorded by the *Charter* to a fair trial by an impartial tribunal, or as his counsel put it, "free from prejudice".

Since I have concluded, independently of the *Charter*, that s. 12 of the *Canada Evidence Act* should not be read as denying a trial judge the discretion he had at common law to exclude certain prejudicial evidence, the *Charter* arguments lose much of their cogency. I shall, therefore, largely concentrate on the existence and extent of the trial judge's discretion respecting evidence submitted pursuant to s. 12, although I shall have something to say of the effect of the *Charter* on that provision as I have interpreted it.

### The Facts and the Trial

There are many disputed facts in this case, but the essentials may be stated as follows. The appellant was indicted on January 24, 1983 of first degree murder in respect of the death of Réal Pinsonneault, an associate of his in the drug trade, who was shot and killed on December 2, 1982, in Vancouver, British Columbia. At the time of Pinsonneault's death, the appellant was on parole from a sentence of life imprisonment for non-capital murder, of which he had been convicted in 1971.

The appellant was then living in Victoria, British Columbia with his girlfriend Colleen Allan. Under the terms of his parole, he was not to leave the immediate area of Victoria without permission. However, without obtaining such permission, he and Allan went to Vancouver on the afternoon of

l'arrêt *Stratton* de son fondement conceptuel et a donc rendu inopérant l'art. 12 ou, à tout le moins, celui-ci devrait maintenant s'interpréter comme conférant au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure des éléments de preuve, ce qui fait que la condamnation antérieure pour meurtre non qualifié n'aurait pas dû en l'espèce être révélée au jury. Cette exclusion, a-t-on soutenu, était nécessaire si on voulait assurer à l'appelant le bénéfice de son droit, conféré par la *Charte*, à un procès équitable devant un tribunal impartial ou, comme l'a dit son avocat, à un procès [TRADUCTION] «exempt de tout préjugé».

Puisque j'ai conclu, indépendamment de la *Charte*, que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne doit pas être interprété de manière à retirer au juge du procès le pouvoir discrétionnaire qu'il avait en *common law* d'exclure certains éléments de preuve préjudiciables, les arguments fondés sur la *Charte* perdent beaucoup de leur force. Je vais donc me concentrer principalement sur les questions de l'existence et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès relativement à la preuve produite conformément à l'art. 12, mais je dirai néanmoins un mot concernant l'effet de la *Charte* sur cette disposition telle que je l'ai interprétée.

### Les faits et le procès

Bien qu'un grand nombre de faits soient contestés en l'espèce, les points essentiels peuvent être exposés ainsi. L'appelant a été formellement accusé, le 24 janvier 1983, de meurtre au premier degré relativement au décès de Réal Pinsonneault, qui faisait avec lui le trafic de stupéfiants et qui avait été abattu le 2 décembre 1982 à Vancouver (Colombie-Britannique). Au moment de la mort de Pinsonneault, l'appelant était en liberté conditionnelle après avoir été condamné en 1971 à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre non qualifié.

L'appelant vivait alors à Victoria (Colombie-Britannique) avec son amie Colleen Allan. Suivant les modalités de sa libération conditionnelle, il ne devait pas quitter sans autorisation les environs immédiats de Victoria. Toutefois, au cours de l'après-midi du 1<sup>er</sup> décembre 1982, sans avoir

December 1, 1982 and registered at the Sands Motor Hotel under an assumed name. His explanation for this was that they had decided to go shopping on short notice and he had "some problems here". He used an assumed name, he said, because he had not obtained permission to leave Victoria.

After a dinner in the motel restaurant and much drinking, the two, it would appear, returned to their room where they engaged in a noisy and prolonged argument during the course of which Mrs. Allan's eye was injured. At 12:30 a.m. the desk clerk telephoned their room complaining about the noise. One of the occupants of an adjoining room testified that he had heard a man and woman having a loud argument. He then heard a noise which he assumed to be a woman leaving the room, running towards the elevator and then returning to the room. A few minutes later, he assumed the man had left the room because he heard the woman calling him to return.

The appellant testified that following the quarrel, they finally went to bed, but he could not sleep and he finally got up, shortly before 3 a.m., and went to his car in the parking lot to get cigarettes and liquor. During his examination-in-chief, he said the clerk had let him out and let him in the hotel, but during cross-examination he seemed to suggest that he had left by a fire exit door but re-entered by the front door when the clerk let him in. The clerk testified that he had locked the door but it was possible for anyone to leave through the various fire exit doors. He further testified that he had let the appellant in the front door at about 3 a.m.

We come now to the critical evidence for the Crown, that of Michèle Marcoux (Mrs. Smith) and Gilles Bergeron. The victim, Réal Pinsonneault, and Marcoux lived in an apartment at 1355 Bute Street in Vancouver, several blocks from the Sands Motor Hotel. Gilles Bergeron lived

obtenu la permission requise, il s'est rendu avec Allan à Vancouver où il s'est inscrit au Sands Motor Hotel sous un nom d'emprunt. Il a expliqué cette situation en disant qu'ils avaient décidé a l'improviste d'aller faire des emplettes et qu'il avait eu [TRADUCTION] «des problèmes ici». S'il s'est servi d'un nom d'emprunt, a-t-il dit, c'est parce qu'il n'avait pas obtenu la permission de quitter Victoria.

b Après avoir dîné au restaurant du motel et avoir bu copieusement, ils ont tous les deux, semble-t-il, regagné leur chambre où une dispute bruyante a éclaté et s'est prolongée, au cours de laquelle M<sup>me</sup> Allan a été blessée à l'œil. À minuit et demi, le c réceptionniste leur a téléphoné pour se plaindre du vacarme. L'un des occupants d'une chambre attenante a témoigné avoir entendu un homme et une d femme qui se querellaient à voix haute. Il a entendu ensuite ce qu'il a pris pour les pas d'une femme qui est sortie de la chambre, a couru vers l'ascenseur, puis est retournée à la chambre. Quelques minutes plus tard, il a entendu la femme e demander à l'homme de revenir et en a déduit que celui-ci avait quitté la chambre.

L'appellant a témoigné qu'après la dispute ils ont fini par se coucher, mais qu'il ne pouvait pas f dormir et que, finalement, il s'est levé un peu avant 3 h pour aller chercher des cigarettes et de la boisson alcoolisée dans sa voiture qui se trouvait dans le stationnement. Au cours de son interrogatoire principal, il a dit que le réceptionniste l'avait g laissé sortir de l'hôtel et l'avait fait rentrer, mais en contre-interrogatoire il a semblé laisser entendre qu'il avait emprunté une sortie de secours, puis était rentré par la porte principale que le réceptionniste lui avait ouverte. Ce dernier a témoigné h qu'il avait fermé la porte à clé, mais qu'il était possible à n'importe qui de quitter les lieux par les différentes sorties de secours. Il a ajouté qu'il avait laissé rentrer l'appelant par la porte principale vers i 3 h.

Cela nous amène aux témoignages, critiques pour le ministère public, de Michèle Marcoux (M<sup>me</sup> Smith) et de Gilles Bergeron. La victime, Réal Pinsonneault, et Marcoux habitaient un appartement situé au 1355, rue Bute à Vancouver, à quelques rues du Sands Motor Hotel. Gilles

with them. Like Pinsonneault, Bergeron had a serious criminal record; Marcoux also had a criminal record, though it was less serious. Both admitted to these at trial.

At trial, Marcoux testified as follows. At about 1:30 a.m. on December 2, 1982, Allan, whom she knew from her association with the appellant, came to their apartment. A few minutes later, Bergeron arrived home. Shortly afterwards, the doorbell rang. Pinsonneault answered it and let the appellant into the apartment. The appellant told Pinsonneault and Bergeron to sit down as he had to speak to them. He sounded angry. When Pinsonneault objected, the appellant took out a gun without warning and fired several shots, killing Pinsonneault instantly and wounding Bergeron. Marcoux escaped from the apartment. Bergeron's testimony substantially corroborated that of Marcoux.

Both these witnesses had, however, originally given a different account of the facts. A few minutes after the shooting, Marcoux had hysterically told a police officer that a woman, whom she did not identify, had come to the apartment and that shortly thereafter a man had entered the apartment and had shot Pinsonneault and Bergeron. Her description of the assailant did not conform to that of the appellant. It was not until 6:30 a.m. that she gave a statement to the police that was consistent with her testimony at trial. Neither of the officers to whom she was said to have made this statement was called by the Crown to testify.

As for Bergeron, he had on a number of occasions during interviews by several police officers on December 2 and 3, reiterated that he had not seen "anything" but the flash of a gun. Nor did he on any of these occasions identify the man who had done the shooting, although he knew the appellant. At trial, Bergeron testified that he had lied on these occasions but that, at 5:13 p.m., on December 7, 1982 — some five days after the event — he had given a truthful version of his story to an

Bergeron demeurait avec eux. À l'instar de Pinsonneault, il avait un lourd casier judiciaire; Marcoux avait elle aussi un casier judiciaire qui était toutefois moins chargé. Les deux ont reconnu ces faits au procès.

Au procès, Marcoux a donné le témoignage suivant. Vers 1 h 30, le 2 décembre 1982, Allan, qu'elle connaissait en raison de ses relations avec l'appellant, s'est présentée à son appartement. Quelques minutes plus tard, Bergeron est arrivé. Peu après, on a sonné à la porte. Pinsonneault a répondu et a fait entrer l'appellant dans l'appartement. L'appellant a dit à Pinsonneault et à Bergeron de s'asseoir parce qu'il avait quelque chose à leur dire. Il semblait en colère. Quand Pinsonneault a protesté, l'appellant a sorti sans avertissement une arme à feu et a tiré plusieurs coups, tuant Pinsonneault instantanément et blessant Bergeron. Marcoux s'est enfuie de l'appartement. Le témoignage de Bergeron corrobore essentiellement celui de Marcoux.

Toutefois, ces deux témoins avaient au départ donné une version différente des faits. Quelques minutes après les coups de feu, Marcoux, en pleine crise d'hystérie, a dit à un policier qu'une femme, qu'elle n'a pas identifiée, était arrivée à l'appartement et que, peu après, un homme y était entré et avait tiré sur Pinsonneault et Bergeron. Sa description de l'assaillant ne correspondait pas au signalement de l'appellant. Ce n'est qu'à 6 h 30 qu'elle a fait à la police une déclaration concordante avec son témoignage au procès. Ni l'un ni l'autre des policiers auxquels on a dit que cette déclaration avait été faite n'ont été cités comme témoin à charge.

Quant à Bergeron, il avait à plusieurs reprises, au cours d'interrogatoires menés par plusieurs policiers les 2 et 3 décembre, répété qu'il n'avait [TRADUCTION] «rien» vu, si ce n'était que la flamme jaillir d'une arme à feu. Il n'a pas non plus à ces occasions identifié celui qui avait tiré, bien qu'il connût l'appellant. Au cours du procès, Bergeron a témoigné qu'il avait menti aux occasions en question mais que, à 17 h 13 le 7 décembre 1982, soit environ cinq jours après l'incident, il avait dit la vérité en donnant sa version des événements à un policier qui, tout comme dans le cas de Mar-

officer who, as in the case of Marcoux, was not called by the Crown.

There was some further evidence of what transpired at 1355 Bute Street, but it was both limited and inconclusive. A resident of an adjoining house testified that he had been awakened by the creaking noise of a gate giving access to 1355 Bute Street in the morning hours of December 2 and shortly afterwards heard sounds — obviously the gunshots. He then saw a man and woman leaving 1355 Bute, but he could not identify them beyond saying that the man wore a light coloured jacket, and the woman, jeans and a maroon ski jacket. However, as the judge in reviewing the evidence reminded the jury, the clothing the woman was said to have been wearing did not appear to match those worn by Allan that night.

The Crown had called Colleen Allan as a witness at the preliminary hearing but did not examine her in chief at the trial, calling her only to afford defence counsel the opportunity to cross-examine her. At the preliminary hearing, Mrs. Allan had given an account of the events that generally supported that of the appellant and, among other matters, stated that neither of them had left the hotel during the evening or the early hours of December 2. At the trial, defence counsel confined his cross-examination almost entirely to Allan's testimony at the preliminary hearing. However, Allan then testified that while many of her answers at the preliminary hearing were true, many were not, including her answers that neither she nor the appellant had left the hotel that evening, that she had never been at 1355 Bute Street and that she had not seen the shooting of Pinsonneault.

Besides admitting that she had lied at the preliminary hearing, Allan also acknowledged that she was presently charged with trafficking in cocaine as well as with importing narcotics into Canada. In his charge to the jury respecting her testimony, the trial judge, Callaghan J., stated:

coux, n'a pas été cité lui non plus comme témoin à charge.

Il y a eu une autre déposition portant sur ce qui s'est produit au 1355, rue Bute, mais cette déposition s'est révélée à la fois sommaire et non concluante. Il s'agit du témoignage d'une personne habitant une maison voisine, qui a affirmé qu'elle avait été réveillée, aux petites heures du matin le 2 décembre, par le grincement d'une barrière qui donnait accès au 1355, rue Bute, et que peu de temps après, elle avait entendu des bruits, de toute évidence, des coups de feu. Puis cette personne a vu un homme et une femme quitter le 1355, rue Bute, mais tout ce qu'elle a pu dire pour les identifier était que l'homme portait une veste de couleur pâle et la femme un jean et une veste de ski marron. Toutefois, comme le juge l'a rappelé au jury en passant en revue la preuve, la description des vêtements de la femme ne semblait pas correspondre à ce que portait Allan cette nuit-là.

Le ministère public avait cité Colleen Allan comme témoin à l'enquête préliminaire, mais il ne lui a pas fait subir d'interrogatoire principal au procès où elle a été citée seulement pour permettre à l'avocat de la défense de la contre-interroger. À l'enquête préliminaire, M<sup>me</sup> Allan avait fait un récit des événements qui étayait généralement celui de l'appelant. Elle avait affirmé notamment que ni lui ni elle n'avaient quitté l'hôtel au cours de la nuit du 1<sup>er</sup> au 2 décembre. Au procès, le contre-interrogatoire de l'avocat de la défense a porté presque exclusivement sur la déposition qu'avait faite Allan à l'enquête préliminaire. Allan a toutefois témoigné que beaucoup des réponses qu'elle avait données à l'enquête préliminaire étaient véridiques mais qu'un bon nombre ne l'étaient pas, y compris celles portant que ni elle ni l'appelant n'avaient quitté l'hôtel pendant la nuit en question, qu'elle n'était jamais allée au 1355, rue Bute, et qu'elle n'avait pas été témoin de l'assassinat de Pinsonneault.

En plus d'avouer qu'elle avait menti à l'enquête préliminaire, Allan a également reconnu qu'au moment où elle parlait elle était sous le coup d'une accusation d'avoir fait le trafic de cocaïne et aussi d'avoir importé des stupéfiants au Canada. Dans son exposé au jury concernant le témoignage d'Allan, le juge Callaghan a dit:

She acknowledged that, if found guilty of importing, she could be sentenced to a minimum of seven years in the penitentiary. She expressed the opinion to Defence Counsel that she did not think the police would charge her with perjury as a result of the evidence that she gave at this hearing. The inference drawn by Defence Counsel from that evidence is that if she cooperates with the authorities now, the authorities may very well go easier with her.

The appellant's defence, as we saw, was essentially one of alibi but he also sought to establish an absence of motive for the crime by attempting to establish that his relationship with Pinsonneault and Bergeron was one of "banker" in drug transactions and that Pinsonneault owed him some \$30,000. He said he had made arrangements to see Pinsonneault but had not gone to Bute Street in the early hours of December 2 and had not killed Pinsonneault.

It will be obvious from the foregoing recitation that credibility is a crucial factor in this case, one not made simpler by the unsavoury character of the principal witnesses and of the appellant. Defence counsel sought to make use of this factor in dealing with the Crown's case. In his address to the jury, he described Marcoux and Bergeron as "unmitigated liars" and said that the jury should give no credence to their testimony. He also suggested that the jury should carefully consider whether to give any effect to Allan's testimony as she was a self-confessed perjurer and was also facing at least two drug charges.

However, the appellant's character also raised problems for the defence. Since defence counsel intended to have the appellant testify, he sought at the conclusion of the case for the Crown to prevent the Crown cross-examining the appellant on his previous record under s. 12 of the *Canada Evidence Act* by submitting that to permit this would contravene the *Charter*. Permitting cross-examination of previous convictions of an accused, as opposed to an ordinary witness, was highly prejudicial. In particular, counsel maintained that to permit cross-examination and proof of the appel-

[TRADUCTION] Elle reconnaît que, si elle est déclarée coupable d'importation, elle est passible d'une peine minimale de sept ans d'emprisonnement dans un pénitencier. Elle a dit à l'avocat de la défense qu'elle ne croyait pas que la police porterait contre elle une accusation de parjure par suite de son témoignage à cette audience. L'avocat de la défense a déduit de ce témoignage que, si elle collabore maintenant avec les autorités, celles-ci pourront très bien se montrer moins sévères à son égard.

Comme nous l'avons constaté, la défense de l'appelant consistait essentiellement à invoquer un alibi, mais il a cherché en outre à établir l'absence de mobile pour commettre le crime, en tentant de démontrer que ses relations avec Pinsonneault et Bergeron étaient celles de «banquier» dans des opérations de trafic de stupéfiants et que Pinsonneault lui devait environ 30 000 \$. Il a dit qu'il avait pris rendez-vous avec Pinsonneault, mais qu'il ne s'était pas rendu sur la rue Bute tôt le matin du 2 décembre et qu'il ne l'avait pas tué.

Il se dégage nettement de l'exposé qui précède que la crédibilité est un élément crucial dans la présente affaire, laquelle n'est guère simplifiée par la mauvaise moralité des témoins principaux et de l'appelant. L'avocat de la défense a essayé de mettre à profit cet élément en commentant la preuve de la poursuite. Dans son exposé au jury, il a décrit Marcoux et Bergeron comme des [TRADUCTION] «fieffés menteurs» et a dit que le jury ne devrait pas ajouter foi à leur témoignage. De plus, il a laissé entendre que les jurés devraient se demander sérieusement s'il convenait de retenir le témoignage d'Allan qui, de son propre aveu, s'était parjurée et qui avait également à répondre à au moins deux accusations en matière de stupéfiants.

Cependant, la moralité de l'appelant a également causé des problèmes à la défense. Comme l'avocat de la défense entendait faire témoigner l'appelant, il a donc tenté, à la conclusion de la preuve à charge, d'empêcher la poursuite de contre-interroger l'appelant au sujet de son casier judiciaire en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* en faisant valoir que cela irait à l'encontre de la *Charte*. Permettre qu'il y ait un contre-interrogatoire portant sur les condamnations antérieures d'un accusé, par opposition à un témoin ordinaire, serait fortement préjudiciable.

lant's previous conviction of non-capital murder was so highly prejudicial that it would infringe on his *Charter* right to a fair trial. He further submitted that in the circumstances of the present case the trial judge could, under s. 24(1) of the *Charter*, refuse to permit such cross-examination. The trial judge, following *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333, a decision of another judge of the Supreme Court of British Columbia, rejected this argument. (It may be observed that the argument has also been rejected in *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (N.S.S.C. App. Div.), and *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (Man. C.A.))

In his opening address to the jury, counsel for the appellant stated that he would be leading evidence of the appellant's record in chief in order to "soften the blow". The appellant subsequently testified as one of the defence witnesses, at which time he admitted the following record of convictions:

April 23, 1954 — armed robbery, receiving stolen property, breaking and entering and theft (four counts)

May 12, 1954 — escaping custody

December 6, 1954 — theft of auto and breaking and entering

November 8, 1971 — non-capital murder

During his instructions to the jury, the trial judge directed the jury that the evidence of the appellant's past convictions could be used only to assess his credibility and for no other purpose. He went on:

Because the Accused was previously convicted of murder, it must not be used by you, the Jury, as evidence to prove that the Accused person committed the murder of which he stands charged. You, the Jury, must not take the person's previous convictions into account in your deliberation when determining whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the Accused committed the murder with which he is charged.

En particulier, l'avocat a soutenu que permettre de procéder à un contre-interrogatoire relativement à la condamnation antérieure de l'appelant pour meurtre non qualifié et de faire la preuve de cette condamnation, serait si préjudiciable pour l'appelant qu'il en résulterait une atteinte à son droit à un procès équitable, garanti par la *Charte*. L'avocat a prétendu en outre que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès pouvait, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, refuser d'autoriser un tel contre-interrogatoire. Se fondant sur la décision *R. v. Jarosz* (1982), 3 C.R.R. 333, rendue par un autre juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge du procès a rejeté cet argument. (On peut faire remarquer ici que le même argument a été écarté aussi dans les arrêts *R. v. Grosse* (1983), 9 C.C.C. (3d) 465 (C.S.N.-É., Div. App.), et *R. v. Kulba* (1986), 27 C.C.C. (3d) 349 (C.A. Man.))

Dans son exposé introductif au jury, l'avocat de l'appelant a exprimé son intention de produire en interrogatoire principal une preuve du casier judiciaire de l'appelant afin de [TRADUCTION] «limiter les dégâts». L'appelant a par la suite déposé en tant que témoin à décharge et a reconnu avoir été déclaré coupable des infractions suivantes:

le 23 avril 1954 — vol à main armée, recel, introduction par effraction et vol (quatre chefs)

le 12 mai 1954 — évasion

le 6 décembre 1954 — vol d'une auto et introduction par effraction

le 8 novembre 1971 — meurtre non qualifié

En donnant ses directives au jury, le juge du procès a dit que la preuve relative aux condamnations antérieures de l'appelant ne pouvait servir que pour apprécier sa crédibilité. Il a ajouté:

[TRADUCTION] Bien que l'accusé ait déjà été déclaré coupable de meurtre, vous, les jurés, ne devez pas considérer cela comme un élément de preuve établissant qu'il a commis le meurtre qu'on lui reproche en l'espèce. Vous, les jurés, ne devez pas tenir compte de ses condamnations antérieures pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le meurtre qu'on lui impute.

The jury retired to deliberate at 2:42 p.m., April 20, 1983, and continued their deliberations the next day. Interestingly at 5:50 p.m. on that day, they asked the trial judge to go over reasonable doubt again. Following these further instructions they retired and returned a verdict of guilty on the charge of second degree murder at 6:15 p.m., April 21, 1983. When asked by the trial judge whether they wished to make any recommendation regarding sentencing, the jury recommended that the accused serve the minimum sentence of 10 years before becoming eligible for parole.

### The Court of Appeal Judgments

An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed by majority (Seaton and Craig J.J.A., Hutcheon J.A. dissenting): (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. In view of the arguments put before them, the opinions of these judges were largely directed at the *Charter* arguments, although they are also relevant in dealing with the interpretation of s. 12 of the *Canada Evidence Act*.

The majority concluded that s. 12 was not inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Craig J.A., with whom Seaton J.A. was "in general agreement", first dealt with appellant counsel's argument that a trial is not impartial within the meaning of these provisions if the tribunal is aware of the convictions because the tribunal tends to use the evidence of previous convictions not to test his credibility but as evidence that he committed the crime charged. To this, Craig J.A. observed that the possibility that the trier of fact might, consciously or unconsciously, give undue weight to previous convictions rather than considering them solely on the issue of credibility was a factor defence counsel must consider in determining whether to advise the accused to testify. He conceded that the trier of fact may in a particular case use the evidence of previous convictions for something more than determining credibility, but added (at pp. 145-46):

Le jury s'est retiré pour délibérer à 14 h 42, le 20 avril 1983, et a poursuivi ses délibérations le lendemain. Il est intéressant de noter qu'à 17 h 50 ce jour-là, les jurés ont demandé au juge du procès de leur expliquer de nouveau le doute raisonnable. À la suite de ces directives supplémentaires, ils se sont retirés et, à 18 h 15, le 21 avril 1983, ils ont rendu un verdict de culpabilité relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Lorsque le juge du procès leur a demandé s'ils avaient des recommandations à formuler quant à la peine à imposer, les jurés ont recommandé que l'accusé soit obligé de purger la peine minimale de dix ans d'emprisonnement avant de devenir admissible à la libération conditionnelle.

### Les motifs de la Cour d'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Seaton et Craig, et le juge Hutcheon, dissident), a rejeté l'appel interjeté devant elle: (1984), 17 C.C.C. (3d) 129. Étant donné la nature des débats qui se sont déroulés devant eux, les motifs des juges traitent principalement des arguments fondés sur la *Charte*, mais ils sont aussi pertinents relativement à l'interprétation de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

La cour à la majorité a conclu que l'art. 12 n'était incompatible ni avec l'art. 7 ni avec l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge Craig, avec qui le juge Seaton a été [TRADUCTION] «généralement d'accord», a d'abord examiné l'argument de l'avocat de l'appelant suivant lequel un procès n'est pas impartial au sens de ces dispositions si le tribunal est au courant des condamnations, parce que le tribunal a tendance à utiliser la preuve de condamnations antérieures non pas pour vérifier la crédibilité de l'accusé, mais pour établir que l'accusé a commis le crime imputé. À cet égard, le juge Craig a fait observer que la possibilité que le juge des faits puisse, consciemment ou inconsciemment, attribuer une importance indue aux condamnations antérieures plutôt que de n'en tenir compte que relativement à la question de la crédibilité est un élément qu'il incombe à l'avocat de la défense de prendre en considération en décidant s'il conseillera à l'accusé de témoigner. Il a reconnu que le juge des faits peut, dans un cas donné, utiliser la preuve de condamnations antérieures à d'autres fins que la simple détermination de la crédibilité, mais il a ajouté (aux pp. 145 et 146):

... I disagree with the suggestion that, generally, or invariably, the trier of fact uses evidence of previous convictions of the accused as evidence of his guilt of the crime charged, rather than using it solely to assess his credibility and with the suggestion that jurors, psychologically, are incapable of heeding the warning that they must use this evidence solely on the issue of credibility. The results of many cases establish that jurors do heed the warning regarding the limited use which they may make of previous convictions. The importance of credibility varies from case to case, ranging from relatively unimportant to crucial. In this case, it was crucial. Previous convictions can be very important factors in assessing credibility.

Craig J.A. then dealt with the appellant's contention that it was permissible to cross-examine Crown witnesses on a previous criminal record, but that it was unfair to permit this when the accused was a witness because of the possibility that the jury might regard his record as evidence that he probably committed the crime charged. Craig J.A. thought that the argument put the concept of "fairness" too narrowly. He stated that "[f]airness is a relative term and involves a consideration of the interests of the State as well as ... the accused" (p. 146). In his view, "[i]t would be unfair, particularly in a case such as this, to allow a case to go to the jury on the basis that the principal Crown witnesses should not be believed because they have criminal records, but that the accused should be believed because he does not, apparently, have a criminal record, although, in fact, he may have a criminal record" (p. 146).

Seaton J.A. put the latter point even more forcefully (at p. 138):

Here the witnesses for the Crown were cross-examined regarding their previous convictions and the trial judge warned the jury about believing such people. The cross-examination was conducted and the warning given because a previous record is generally thought to indicate a person whose evidence should not be accepted too quickly. Experience has shown such people not to be reliable. The appellant wants the benefit of all that, but he wants us to hide from the jury that he is much the

[TRADUCTION] ... je rejette l'idée que, d'une manière générale ou invariablement, le juge des faits utilise la preuve des condamnations antérieures d'un accusé pour établir sa culpabilité du crime imputé, plutôt que de s'en servir uniquement pour juger de sa crédibilité, et que les jurés sont psychologiquement incapables de tenir compte de l'avertissement qu'ils ne doivent la prendre en considération que relativement à la crédibilité. Les verdicts rendus dans bien des affaires établissent que les jurés écoutent bel et bien la mise en garde concernant l'usage limité qu'ils peuvent faire des condamnations antérieures. L'importance de la crédibilité varie d'un cas à l'autre, allant de relativement peu importante à cruciale. En l'espèce, elle était cruciale. Les condamnations antérieures peuvent jouer un rôle très important dans l'appréciation de la crédibilité.

Le juge Craig est ensuite passé à l'argument de l'appelant selon lequel il est permis de contre-interroger les témoins à charge relativement à des antécédents criminels, mais il est inéquitable de le permettre lorsque c'est l'accusé qui témoigne, en raison de la possibilité que le jury considère son casier judiciaire comme une preuve qu'il a probablement commis le crime imputé. Selon le juge Craig, c'était là donner à la notion d'«équité» une portée trop restreinte. Il a dit que [TRADUCTION] «[l']équité est un terme relatif qui emporte la prise en considération des intérêts de l'État aussi bien que ceux de l'accusé» (p. 146). À son avis, [TRADUCTION] «[i]l serait injuste, surtout dans un cas comme celui-ci, de permettre qu'une affaire soit soumise à l'appréciation du jury en tenant pour acquis, d'une part, qu'il ne faut pas ajouter foi aux dépositions des principaux témoins à charge en raison de leurs antécédents criminels et, d'autre part, que l'accusé est digne de foi parce qu'il ne semble pas avoir d'antécédents criminels, bien qu'il puisse en réalité en avoir» (p. 146).

Le juge Seaton a exprimé ce dernier point d'une façon encore plus énergique (à la p. 138):

[TRADUCTION] En l'espèce, les témoins à charge ont été contre-interrogés relativement à leurs condamnations antérieures et le juge du procès a averti le jury du danger qu'il y avait à croire ces gens. Le contre-interrogatoire a été tenu et la mise en garde faite parce qu'un casier judiciaire est généralement considéré comme une indication qu'il s'agit d'une personne dont le témoignage est sujet à caution. L'expérience démontre que de telles personnes ne sont pas dignes de foi. L'appelant désire



same as the other witnesses. Maybe worse. I do not think that he is entitled to that. It is not an essential ingredient in a fair trial.

For the reasons above summarized, Craig J.A. came to the following general conclusion (at pp. 146-47):

Having regard to the importance of credibility and the importance that previous convictions may have on this issue, I think that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* is not inconsistent with s. 7 and s. 11(d) of the Charter even accepting the possibility that in a specific case the jury may tend to use the previous convictions of the accused for something more than merely assessing his credibility.

Both judges, and particularly Seaton J.A., also relied on English procedure, which in their view would also have permitted cross-examination of the accused. The dissenting judge, Hutcheon J.A. disagreed, noting that an overriding discretion to exclude such evidence in the interests of securing a fair trial subsisted in England.

Hutcheon J.A. would have ordered a new trial since he was of the view that, in its application to the accused in the circumstances of the case, s. 12 conflicted impermissibly with the accused's *Charter* right to a fair hearing. In his view, the "fair hearing" to which the accused has a right under s. 11(d) of the *Charter* is one which, among other things, is "free from prejudice". He observed that the Ontario Court of Appeal had recognized the special risk to an accused who testified on his own behalf of having his previous convictions proved against him for the purpose of affecting his credibility, thereby incidentally prejudicing his position with the jury in regard to the charge then on trial.

Hutcheon J.A. then noted that he had not found one commentator who did not acknowledge this undue prejudice. These commentators (many of whom will be mentioned later) as well as empirical research all supported the notion that the introduction of evidence concerning previous convictions

profiter de tout cela, mais en même temps, il ne veut pas que nous disions au jury qu'à cet égard il ressemble aux autres témoins. Peut-être pire. Je ne crois pas qu'il a droit à cela. Ce n'est pas un élément essentiel d'un procès équitable.

Pour les raisons résumées ci-dessus, le juge Craig a tiré cette conclusion générale (aux pp. 146 et 147):

b [TRADUCTION] Eu égard à l'importance de la crédibilité et à l'importance que peuvent revêtir les condamnations antérieures à ce sujet, j'estime que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte, même si l'on admet la possibilité que, dans un cas d'espèce, le jury puisse avoir tendance à se servir des condamnations antérieures de l'accusé à d'autres fins que la simple appréciation de sa crédibilité.

d Les deux juges, et particulièrement le juge Seaton, se sont fondés en outre sur la procédure anglaise qui, à leur avis, aurait également permis le contre-interrogatoire de l'accusé. Le juge Hutcheon, dissident, a exprimé son désaccord en faisant remarquer qu'il subsistait en Angleterre un pouvoir discrétionnaire prépondérant d'exclure une telle preuve dans le but d'assurer un procès équitable.

f Le juge Hutcheon aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès étant donné qu'il estimait que, dans son application à l'accusé en l'espèce, l'art. 12 constituait une atteinte inacceptable au droit à un procès équitable que lui garantit la *Charte*. À son avis, le «procès équitable» auquel l'accusé a droit en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* doit notamment être «exempt de tout préjugé». Il a souligné que la Cour d'appel de l'Ontario avait reconnu le risque particulier auquel s'expose un accusé qui témoigne pour son propre compte, savoir celui qu'on se serve de ses condamnations antérieures pour attaquer sa crédibilité, ce qui compromettrait sa position vis-à-vis du jury relativement à l'accusation alors instruite.

j Le juge Hutcheon a ensuite fait observer qu'il n'avait pas trouvé un seul glossateur qui ne reconnaissait pas qu'il s'agissait là d'un préjudice indu. Ces glossateurs (dont plusieurs seront mentionnés plus loin) ainsi que la recherche empirique appuient tous l'idée que la production d'éléments

increases the likelihood of conviction, and that instructions to the jury to disregard the evidence will not counteract the “halo” effect of the previous convictions. This was especially true when the offences revealed were similar to the one alleged to have been committed by an accused.

He concluded that the prevalent interpretation of s. 12 was inconsistent with the accused’s *Charter* rights, that the prejudice to the accused from the introduction into evidence of his previous conviction for non-capital murder was undue, real and certain, and that the instruction to the jury, in all likelihood, did nothing to remove that prejudice. He stated (at p. 161):

The probative value of the evidence of a prior conviction for murder as it bears on credibility is slight; its admission, however, creates substantial danger of undue prejudice. If the trial judge had a discretion to admit the evidence, it would have been an error to do so.

The latter point, he observed, had no application to witnesses who were not on trial.

Hutcheon J.A.’s concern (which I observe was the principal issue raised by appellant’s counsel throughout) was with the admission of the previous murder conviction. To the suggestion that the appellant’s testimony would have an unmerited aura of veracity unless his previous conviction of murder was admitted in evidence, he responded that any such aura would be removed by the evidence of other previous convictions and other evidence. He stated (at p. 162):

To the extent that his prior convictions in 1954 for armed robbery, breaking and entering and theft of a motor vehicle, remote as they were, bore on veracity, that was conveyed to the jury by the evidence of those prior convictions. To the extent that the commission of an unknown crime could affect credibility, that was conveyed to the jury by Corbett’s evidence that he used a false name in registering at the motel because he was in breach of probation by his visit to Vancouver.

de preuve concernant des condamnations antérieures augmente les chances d’être déclaré coupable et que le fait de dire au jury de ne pas tenir compte de ces éléments de preuve ne suffit pas pour dissiper l’effet des condamnations antérieures. Cela est d’autant plus vrai lorsque les infractions révélées ressemblent à celle qu’aurait commise l’accusé.

Il a conclu que l’interprétation courante de l’art. 12 était incompatible avec les droits garantis à l’accusé par la *Charte*, que le préjudice causé à l’accusé par la production en preuve de sa condamnation antérieure pour meurtre non qualifié était indu, réel et certain, et que les directives données au jury n’ont vraisemblablement rien fait pour l’effacer. Il a dit (à la p. 161):

[TRADUCTION] La preuve d’une condamnation antérieure pour meurtre n’a que peu de valeur probante en ce qui concerne la crédibilité; son admission crée cependant un risque important de causer un préjudice indu. À supposer que le juge du procès ait joui du pouvoir discrétionnaire d’admettre cette preuve, c’eût été une erreur de le faire.

Cette dernière observation, a-t-il fait remarquer, ne s’appliquait pas à des témoins qui n’étaient pas des accusés.

Ce qui préoccupait le juge Hutcheon (et c’était là aussi la question principale soulevée par l’avocat de l’appelant devant toutes les cours) était l’admission en preuve de la condamnation antérieure pour meurtre. À l’argument selon lequel le témoignage de l’appelant donnerait une impression injustifiée de véracité à moins que sa condamnation antérieure pour meurtre ne soit admise en preuve, le juge Hutcheon a répondu que la preuve relative aux autres condamnations antérieures ainsi que d’autres éléments de preuve la feraient disparaître. Il a précisé (à la p. 162):

[TRADUCTION] Dans la mesure où ses condamnations en 1954 pour vol à main armée, pour introduction par effraction et pour vol d’un véhicule automobile, si éloignées soient-elles, influaient sur la véracité, cela a été transmis au jury par la preuve de ces condamnations antérieures. Dans la mesure où la perpétration d’un crime dont on ignore l’existence pourrait influencer sur la crédibilité, cela a été transmis au jury par le témoignage de Corbett qui a dit avoir utilisé un nom d’emprunt en s’inscrivant au motel parce que son voyage à Vancouver constituait une violation des modalités de sa liberté conditionnelle.

Hutcheon J.A. then concluded as follows:

If credibility is the sole function of the evidence of a prior conviction there was little, if anything, to be added by the evidence of the prior conviction for murder. What may have been added was evidence of bad character that unfairly prejudiced the accused.

Then, having drawn attention to the jury's request after considerable deliberation to have the judge "go over reasonable doubt again", before finding the appellant guilty of second degree murder, Hutcheon J.A. continued by paraphrasing Sankey L.C.'s comment in *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309, at p. 323, that while "it is impossible to deny that the evidence was strong against the accused; it might well be that the fact that he had been convicted some years before of a similar offence might have been the last ounce which turned the scales against him".

In Hutcheon J.A.'s view, therefore, s. 12 should not by reason of the *Charter* be so interpreted as to permit the admission into evidence of the appellant's previous conviction for non-capital murder. Such admission would in his view be inconsistent with the appellant's right to a fair hearing under s. 11(d) of the *Charter*.

#### The Appeal to This Court

On January 18, 1985, notice of appeal to this Court was filed pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*. The following constitutional questions were then stated:

1. Whether section 12(1) of the *Canada Evidence Act* is inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that s. 12(1) applies to a person charged with an offence?
2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* from being declared of no force and effect to the extent of the inconsistency?

Notice of the constitutional questions was served upon the Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces. The Attorneys

Le juge Hutcheon a ensuite tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] À supposer que la preuve d'une condamnation antérieure ne se rapporte qu'à la crédibilité, la preuve de la condamnation antérieure pour meurtre n'ajoutait que peu ou rien du tout. Ce que cela a pu ajouter, c'était une preuve de mauvaise moralité qui a nui injustement à l'accusé.

Puis, ayant souligné que le jury, après avoir longuement délibéré, a demandé au juge de lui [TRADUCTION] «expliquer de nouveau le doute raisonnable», avant de déclarer l'appelant coupable de meurtre au deuxième degré, le juge Hutcheon a poursuivi en paraphrasant ainsi l'observation faite par le lord chancelier Sankey dans l'arrêt *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309, à la p. 323: [TRADUCTION] «[même s']il est impossible de nier que la preuve à charge était solide, il se pourrait bien que le fait que l'accusé a été quelques années auparavant déclaré coupable d'une infraction similaire ait eu pour effet de faire pencher la balance contre lui.»

Donc, de l'avis du juge Hutcheon, l'art. 12 ne devrait pas, en raison de la *Charte*, être interprété de manière à permettre l'admission en preuve de la condamnation antérieure de l'appelant pour meurtre non qualifié. Selon lui, cette admission serait incompatible avec le droit à un procès équitable que garantit à l'appelant l'al. 11d) de la *Charte*.

#### Le pourvoi devant cette Cour

Le 18 janvier 1985, un avis de pourvoi devant cette Cour a été déposé en vertu de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*. Les questions constitutionnelles suivantes ont alors été formulées:

1. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ce paragraphe s'applique à une personne accusée d'une infraction?
2. Dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* empêche-t-il que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* soit déclaré nul et sans effet dans la mesure de cette incompatibilité?

Avis d'une question constitutionnelle a été signifié au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces. Les procureurs généraux

General of Canada, Ontario, Quebec and Alberta intervened in support of the constitutionality of s. 12.

### Preliminary Issue

Section 12(1) of the *Canada Evidence Act* reads as follows:

12. (1) A witness may be questioned as to whether he has been convicted of any offence, and upon being so questioned, if he either denies the fact or refuses to answer, the opposite party may prove such conviction.

Section 12(2) simply provides for the manner in which a conviction may be proved and requires no further attention here.

As can be seen, s. 12 relates to the proof of previous convictions on cross-examination rather than in chief. Functionally, however, it was solely because of the trial judge's ruling that s. 12 was constitutionally valid and that it permitted proof of the convictions that reference to these convictions was made in chief, to "soften the blow" as defence counsel put it. I do not think this changes anything. The tactics of defence counsel were a direct response to this ruling, and if the ruling was incorrect the appellant is entitled to have the error remedied.

### General Principles

As is true with respect to the resolution of most, if not all, issues relating to the law of evidence, resort must be had, first and foremost, to its animating or first principles, for it is only with reference to these that the more specific rules of evidence can be understood and evaluated. Failure to so reference discussion often results in the unhappy divorce of legal reasoning from common sense, with the consequence that rules of evidence are apt to be viewed as both self-sustaining and self-justifying. The present case further illustrates that statutory rules of evidence must also be interpreted in light of these guiding principles.

du Canada, de l'Ontario, du Québec et de l'Alberta sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité de l'art. 12.

### Question préliminaire

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est ainsi conçu:

12. (1) Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction, et lorsqu'il est ainsi interrogé, s'il nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

Le paragraphe 12(2) prévoit simplement la manière dont une déclaration de culpabilité peut être prouvée et point n'est besoin d'en parler davantage ici.

On voit bien que l'art. 12 se rapporte à la preuve de condamnations antérieures au stade du contre-interrogatoire plutôt qu'à celui de l'interrogatoire principal. Du point de vue pratique, cependant, c'est uniquement en raison de la décision du juge du procès que l'art. 12 était constitutionnel et permettait de faire la preuve des déclarations de culpabilité qu'on a fait mention de celles-ci au cours de l'interrogatoire principal, afin de [TRA-DUCTION] «limiter les dégâts» pour reprendre l'expression de l'avocat de la défense. Je ne crois pas que cela change quoi que ce soit. La tactique de l'avocat de la défense a été directement motivée par ladite décision et, pour autant que cette décision soit erronée, l'appellant a droit à ce qu'il y soit remédié.

### Principes généraux

Tout comme pour ce qui est de régler la plupart, sinon la totalité, des questions reliées au droit de la preuve, il faut se reporter d'abord et avant tout aux principes qui l'animent, c'est-à-dire à ses principes fondamentaux, car ce n'est que par référence à ceux-ci qu'il est possible de comprendre et d'évaluer les règles plus précises en matière de preuve. En effet, l'omission de tenir compte de ces principes aboutit souvent, malheureusement, au divorce du raisonnement juridique d'avec le bon sens, ce qui a pour conséquence qu'on est porté à considérer que les règles de preuve ont leurs propres vitalité et raison d'être. La présente affaire montre en outre que les règles de preuve établies par la loi doivent elles aussi s'interpréter en fonction de ces principes directeurs.

The organizing principles of the law of evidence may be simply stated. All relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact, take up too much time, or that should otherwise be excluded on clear grounds of law or policy. Questions of relevancy and exclusion are, of course, matters for the trial judge, but over the years many specific exclusionary rules have been developed for the guidance of the trial judge, so much so that the law of evidence may superficially appear to consist simply of a series of exceptions to the rules of admissibility, with exceptions to the exceptions, and their sub-exceptions.

The basic principles were recently re-affirmed in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190 (the "1983 *Morris* case"), where Lamer J., on this point speaking for a unanimous Court, stated, at p. 201:

Thayer's [Thayer, *A preliminary treatise on evidence at the common law*, at p. 530] statement of the law which is still the law in Canada, was as follows:

- (1) that nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved; and
- (2) that everything which is thus probative should come in, unless a clear ground of policy or law excludes it.

To this general statement should be added the discretionary power judges exercise to exclude logically relevant evidence

... as being of too slight a significance, or as having too conjectural and remote a connection; others, as being dangerous, in their effect on the jury, and likely to be misused or overestimated by that body; others, as being impolitic, or unsafe on public grounds; others, on the bare ground of precedent. It is this sort of thing, as I said before, — the rejection on one or another practical ground, of what is really probative, — which is the characteristic thing in the law of evidence; stamping it as the child of the jury system. (Thayer, at p. 266.)

Les principes fondamentaux du droit de la preuve peuvent être formulés simplement. Tout élément de preuve pertinent est admissible, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout ce qui risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits, de prolonger démesurément les procédures, ou ce qui devrait par ailleurs être exclu pour des motifs clairs de droit ou de principe. Bien entendu, les questions de la pertinence et de l'exclusion relèvent de la compétence du juge du procès, mais au cours des années un bon nombre de règles d'exclusion précises ont été élaborées pour sa gouverne, à tel point que le droit de la preuve peut à première vue paraître ne consister qu'en une série d'exceptions aux règles d'admissibilité, exceptions qui connaissent elles-mêmes des exceptions, lesquelles souffrent également des exceptions.

Les principes de base ont été énoncés de nouveau dans l'arrêt récent *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190 («l'affaire *Morris* de 1983»), où le juge Lamer, exprimant sur ce point l'avis de cette Cour à l'unanimité, dit, à la p. 201:

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer [Thayer, *A preliminary treatise on evidence at the common law*, à la p. 530]:

- [TRADUCTION] (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé; et (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion.

À cette déclaration générale doit être ajouté le pouvoir discrétionnaire qu'ont les juges d'exclure certains éléments de preuve logiquement pertinents:

[TRADUCTION] ... à cause de leur trop faible importance ou en raison de leur lien excessivement conjectural et indirect; d'autres, à cause de leur effet dangereux sur le jury qui est susceptible d'en faire un mauvais usage ou d'en surestimer la valeur; d'autres encore parce qu'ils sont impolitiques ou hasardeux pour des raisons d'intérêt public; d'autres simplement par l'application d'un précédent. Comme je l'ai déjà dit, c'est ce genre de chose — le rejet, pour un motif quelconque d'ordre pratique, de ce qui a une véritable valeur probante — qui caractérise le droit de la preuve et qui en fait le fruit du système de jurys. (Thayer, à la p. 266.)

It was through the exercise of this discretionary power that judges developed rules of exclusion. As said Thayer, at p. 265, when speaking of the rule of general admissibility of what is logically probative:

... in an historical sense it has not been the fundamental thing, to which the different exclusions were exceptions. What has taken place, in fact, is the shutting out by the judges of one and another thing from time to time; and so, gradually, the recognition of this exclusion under a rule. These rules of exclusion have had their exceptions; and so the law has come into the shape of a set of primary rules of exclusion; and then a set of exceptions to these rules.

It should be noted that this passage followed a general discussion of the concept of relevance in which the Court affirmed that no minimum probative value is required for evidence to be deemed relevant. The Court made it clear that relevance does not involve considerations of sufficiency of probative value, and that, as McIntyre J. stated, at p. 192, "admissibility of evidence must not be confused with weight". A cardinal principle of our law of evidence, then, is that any matter that has any tendency, as a matter of logic and human experience, to prove a fact in issue, is admissible in evidence, subject, of course, to the overriding judicial discretion to exclude such matter for the practical and policy reasons already identified. Also important, especially in the context of the present case, is the Court's recognition that the present rules of exclusion are but specific accretions or manifestations of a subsisting general judicial discretion to exclude, on practical or policy grounds, that which is admittedly relevant. More will be said about this below, for it is these general considerations that must inform the interpretation of s. 12.

#### The Historical Background of s. 12

Until the 19th century, many who were in a position to give relevant evidence were legally incompetent to act as witnesses in legal proceedings. Among those incompetent to testify at a criminal trial were persons who had been convicted

C'est par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire que les juges ont établi des règles d'exclusion. Comme le dit Thayer, à la p. 265, quand il parle de la règle générale de la recevabilité de ce qui est logiquement probant:

[TRADUCTION] ... sur le plan historique, ce n'est pas la règle fondamentale à laquelle font exception les différentes exclusions. Ce qui s'est passé en fait c'est que les juges ont, à l'occasion, écarté telle et telle chose de sorte que, progressivement, l'exclusion a été consacrée dans une règle. Ces règles d'exclusion ont elles aussi connu des exceptions; ainsi, le droit a pris la forme d'un ensemble de règles d'exclusion fondamentales auxquelles on a ajouté une série d'exceptions.

Soulignons que ce passage suit une étude générale du concept de la pertinence au cours de laquelle la Cour a affirmé qu'il n'est pas nécessaire qu'une preuve ait une certaine valeur probante minimale pour être considérée comme pertinente. La Cour a bien précisé que la pertinence ne tient nullement à l'existence d'une valeur probante suffisante et que, comme le dit le juge McIntyre, à la p. 192, «On ne doit [...] pas confondre l'admissibilité de la preuve avec son poids». Il y a donc un principe fondamental de notre droit de la preuve qui veut que tout ce qui, selon la logique et l'expérience humaine, tend le moins à établir un fait en litige, soit admissible en preuve, sous réserve évidemment du pouvoir discrétionnaire prépondérant qu'ont les tribunaux d'écarter, pour les raisons d'ordre pratique et de principe déjà évoquées, l'élément de preuve en question. Ce qui importe aussi, surtout dans le présent contexte, est le fait que la Cour a reconnu que les règles d'exclusion actuelles ne constituent que des manifestations précises du pouvoir discrétionnaire général subsistant qu'ont les tribunaux d'exclure, pour des motifs pratiques ou de principe, des éléments de preuve qui sont certes pertinents. Nous reviendrons sur ce sujet plus loin, car c'est en fonction de ces considérations générales que doit s'interpréter l'art. 12.

#### Historique de l'art. 12

Jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, bien des gens qui étaient en mesure de faire des dépositions pertinentes n'avaient pas capacité pour témoigner dans des procédures judiciaires. Parmi ceux qui étaient frappés d'incapacité de témoigner à un procès

of infamous crimes, persons having a pecuniary or proprietary interest in the outcome of the proceedings, as well as the parties to the proceedings and their spouses. Although many of these persons could be expected to give evidence which was relevant to matters in issue — indeed, in the case of accused persons, highly relevant — it was reasoned that it would be imprudent to allow them to testify because their evidence would not have been credible in light of their bad character as evidenced by their previous convictions, or their vested interest in the outcome of the trial.

In the early 19th century, however, the United Kingdom enacted legislation to remove these common law restrictions on competence. Acts passed in 1828 (*An Act for amending the Law of Evidence in certain Cases* (U.K.), 9 Geo. 4, c. 32, s. 4) and 1843 (*An Act for improving the Law of Evidence* (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 85, s. 1) provided that a person was not incompetent to testify by reason only of interest or crime. Parties and their spouses, however, were specifically denied competence by the latter Act. A criminal past thenceforth became, at most, a factor that could affect the credibility of a witness but could not preclude receipt of his testimony.

I say “at most” because it was for a long time by no means clear that a witness’ credibility could be attacked by adducing evidence of previous convictions. The problem was twofold. First, it was doubtful that a witness could be asked or made to answer any questions that tended to disgrace him. Second, even if such questions could be put, if the allegation was denied or no answer given it would appear that the fact of the previous conviction could not be proved, because this would have violated the proscription against collateral evidence (Friedland, “Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence

criminel figuraient les personnes ayant été reconnues coupables de crimes infâmes, les personnes ayant un intérêt pécuniaire ou un droit de propriété susceptible d’être touché par l’issue des procédures, ainsi que les parties à ces procédures et leurs conjoints. Même si on pouvait s’attendre à ce que beaucoup de ces personnes fassent des dépositions qui soient pertinentes relativement aux questions en litige — et, en réalité, extrêmement pertinentes dans le cas des accusés — on a jugé qu’il serait imprudent de les laisser témoigner parce que leurs témoignages seraient dénués de toute crédibilité étant donné la mauvaise moralité de ces individus, démontrée par leurs condamnations antérieures, ou compte tenu de l’intérêt qu’ils avaient dans l’issue du procès.

Toutefois, vers le début du XIX<sup>e</sup> siècle, le Royaume-Uni a adopté des lois visant à supprimer ces restrictions en matière de capacité qu’imposait la *common law*. Les textes adoptés en 1828 (*An Act for amending the Law of Evidence in certain Cases* (R.-U.), 9 Geo. 4, chap. 32, art. 4) et en 1843 (*An Act for improving the Law of Evidence* (R.-U.), 6 & 7 Vict., chap. 85, art. 1) disposaient qu’une personne n’était pas inhabile à témoigner du seul fait qu’elle avait un intérêt dans l’affaire ou qu’elle avait commis un crime. Cependant, la seconde loi prévoyait expressément l’incapacité des parties et de leurs conjoints. Des antécédents criminels devenaient dès lors, tout au plus, un facteur qui pouvait nuire à la crédibilité d’un témoin, mais qui ne pouvait pas venir empêcher la réception de son témoignage.

Si je dis «tout au plus» c’est parce que, pendant longtemps, il n’était pas du tout certain que la crédibilité d’un témoin pouvait être attaquée par la production d’une preuve de condamnations antérieures. Le problème était double. En premier lieu, il était douteux qu’on puisse poser à un témoin des questions tendant à le discréditer ou lui demander de répondre à ces questions. En deuxième lieu, même à supposer que de telles questions aient pu être posées, il semblait que, si l’allégation était niée ou laissée sans réponse, on ne pouvait à ce moment-là prouver la condamnation antérieure parce que cela aurait constitué une violation de l’interdiction de produire des éléments de preuve

Act" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 656, at p. 660; *R. v. Stratton*, *supra*, at pp. 459-60, *per* Martin J.A.)

It is important to note, however, that the restrictions on such questioning were quite specific in origin, and did not arise because such matters were viewed as irrelevant to credibility. Quite the contrary. These obstacles to the introduction of previous convictions to impeach a witness' credibility were specifically removed in England in civil cases in 1854 (*The Common Law Procedure Act*, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 25) and in criminal cases in 1865 (*An Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 18, s. 6). These Acts specifically provided that if a witness refused to answer such questions or denied having previous convictions, the fact of these convictions could be affirmatively proved. The rationale for allowing the introduction of such evidence appears to have been based on a belief that persons who have in the past committed crimes are generally not credit-worthy and ought not to be trusted to tell the truth. As Wigmore put it:

The argument for the use of bad general character to discredit a witness is, in brief, that it necessarily involves an impairment of the truth-telling capacity, that to show general moral degeneration is to show an inevitable degeneration in veracity, and that the former is often more easily betrayed to observation than is the latter.

(*Wigmore on Evidence* (Chadbourn Rev. 1970), vol. 3A, § 922, at p. 726.)

The Acts referred to above, to my mind, clearly evidence a legislative judgment that the policy of the common law that had rendered convicted persons incompetent was to be retained, but in the form of a set of rules that would permit the reception of such persons' testimony while nevertheless subjecting their credibility to scrutiny.

incidents (Friedland, «Criminal Law — Evidence — Cross-Examination on Previous Convictions in Canada — Section 12 of the Canada Evidence Act» (1969), 47 *R. du B. can.* 656, à la p. 660; *R. v. Stratton*, précité, aux pp. 459 et 460, le juge Martin).

Il importe toutefois de souligner que les restrictions imposées à ce genre de questions avaient une origine bien précise. Elles ne procédaient nullement du fait que ces questions étaient considérées comme n'ayant aucun rapport avec la crédibilité. Bien au contraire. En Angleterre, les obstacles à la production de condamnations antérieures pour attaquer la crédibilité d'un témoin ont été expressément levés en 1854 pour les affaires civiles (*The Common Law Procedure Act*, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., chap. 125, art. 25) et en 1865 pour les affaires criminelles (*An Act for amending the Law of Evidence and Practice on Criminal Trials* (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 18, art. 6). Ces lois prévoyaient expressément que si un témoin refusait de répondre à de telles questions ou niait qu'il avait fait l'objet de condamnations antérieures, on pouvait alors produire une preuve établissant l'existence de ces dernières. La raison pour laquelle on autorisait la production de ce genre d'éléments de preuve semblait reposer sur la conviction que les personnes ayant commis des crimes dans le passé ne sont pas en règle générale dignes de foi et qu'on ne devrait pas compter sur elles pour dire la vérité. Comme l'a dit Wigmore:

[TRADUCTION] L'argument en faveur de l'utilisation d'une preuve de mauvaise moralité générale pour discréditer un témoin porte, en bref, que la mauvaise moralité entraîne nécessairement une diminution de la capacité de dire la vérité, que la preuve d'une dégénérescence morale générale emporte inévitablement preuve de la dégénérescence sur le plan de la véracité et que le premier type de dégénérescence est souvent plus facilement décelable que le second.

(*Wigmore on Evidence* (Chadbourn Rev. 1970), vol. 3A, § 922, à la p. 726.)

À mon sens, les lois susmentionnées indiquent clairement que le législateur a jugé que le principe de *common law* en vertu duquel les condamnés se trouvaient frappés d'incapacité devait être conservé, mais sous la forme d'un ensemble de règles autorisant la réception du témoignage de ces personnes, tout en permettant néanmoins que leur crédibilité soit soumise à un examen minutieux.



To complete the historical picture, one need only note that legislation essentially similar to the English Act of 1865 was enacted in Canada in 1869 (*An Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law*, S.C. 1869, c. 29, s. 65). It later became s. 695 of the 1892 *Criminal Code* and, ultimately, s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1906, c. 145.

The foregoing discussion relates to the forerunners of s. 12 and their application *vis-à-vis* ordinary, non-party witnesses. Significantly, neither the 1865 legislation in the United Kingdom nor the 1869 legislation in Canada could apply to accused persons *qua* witnesses because such persons were not generally competent to testify in the United Kingdom until 1898 (*Criminal Evidence Act*, 1898 (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1), and in Canada until 1893 (*The Canada Evidence Act*, S.C. 1893, c. 31, s. 4).

### Section 12 and Relevancy

The policy embodied in these Acts is clearly that a wide range of crimes is relevant to the capacity for truthfulness of potential witnesses, extending beyond criminal activity specifically implicating elements of dishonesty or creditworthiness. As the Advisory Committee on the United States' Federal Rules of Evidence stated:

While it may be argued that considerations of relevancy should limit provable convictions to those of crimes of untruthfulness, acts are constituted major crimes because they entail substantial injury to and disregard of the rights of other persons or the public. A demonstrated instance of willingness to engage in conduct in disregard of accepted patterns is translatable into willingness to give false testimony.

(*Federal Rules of Evidence Manual* (4th ed. 1986), at p. 557.)

Some, however, dispute this conclusion and contend that evidence of previous convictions that do not involve dishonesty is not relevant to credibility

Pour compléter ce tableau historique, il suffit de faire observer qu'une loi essentiellement semblable à la loi anglaise de 1865 a été adoptée au Canada en 1869 (*Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle*, S.C. 1869, chap. 29, art. 65). Cette disposition est devenue plus tard l'art. 695 du *Code criminel*, 1892, et finalement, l'art. 12 de la *Loi de la preuve en Canada*, S.R.C. 1906, chap. 145.

L'analyse qui précède traite des dispositions qui ont précédé l'art. 12 et de leur application aux témoins ordinaires qui n'étaient pas parties au litige. Fait révélateur, ni la loi de 1865 au Royaume-Uni ni celle de 1869 au Canada n'était applicable aux accusés en leur qualité de témoins, parce que, d'une manière générale, ce n'est qu'à partir de 1898 au Royaume-Uni (*Criminal Evidence Act*, 1898 (R.-U.), 61 & 62 Vict., chap. 36, art. 1) et de 1893 au Canada (*Acte de la preuve en Canada*, 1893, S.C. 1893, chap. 31, art. 4), que ces personnes sont devenues habiles à témoigner.

### L'article 12 et la pertinence

De toute évidence, ces lois constituent l'expression du principe général portant qu'il existe une grande diversité de crimes qui sont pertinents quant à la capacité de témoins éventuels de dire la vérité et que ces crimes ne se limitent pas aux activités criminelles qui comportent implicitement des éléments de malhonnêteté ou de fausseté. Comme l'a affirmé le comité consultatif américain sur les règles fédérales de la preuve:

[TRADUCTION] Bien qu'on puisse faire valoir que les facteurs de pertinence devraient jouer de manière à ce que seules puissent être prouvées les condamnations pour des crimes marqués par le recours au mensonge, certains actes sont désignés comme des crimes majeurs parce qu'ils portent gravement atteinte aux droits d'autres personnes ou du public ou parce qu'ils traduisent un mépris de ces droits. Un cas prouvé d'une volonté d'agir au mépris des modes de comportement acceptés peut être considéré comme établissant une disposition à donner un faux témoignage.

(*Federal Rules of Evidence Manual* (4th ed. 1986), à la p. 557.)

D'aucuns contestent toutefois cette conclusion et soutiennent que la preuve de condamnations antérieures qui ne mettent nullement en cause l'honnê-

and ought not, therefore, to be admissible into evidence because this would either violate the *Charter* or, *Charter* apart, the basic principles of law of evidence. Wigmore (op. cit., § 926) is perhaps the most notable proponent of the view that such an approach violates the fundamental principles of evidence law. In his view, only crimes relevant to show a lack of truthfulness should be used — for example, forgery, cheating and the like. A similar view has been taken in Canada by the Federal/Provincial Task Force in its *Report on Uniform Rules of Evidence* (1982), at para. 26.11, at p. 345.

It is crucial to recognize, however, although this might not be a complete answer to the foregoing, that both Wigmore and the Task Force were employing definitions of relevancy denoting “something more than a minimum of probative value” (*Wigmore on Evidence* (Tillers Rev. 1983), vol. 1A, § 28, at p. 969), and this may well have had some weight with them in arriving at their conclusions regarding relevancy. However that may be, this Court, as I remarked earlier, unanimously repudiated this view of relevancy in the 1983 *Morris* case, *supra*.

Nonetheless, the issue raises *Charter* concerns. These receive some support from recent empirical studies that suggest, albeit inconclusively, that whether or not a person tells the truth as he perceives it is a function primarily of the specific context or situation, and not of past conduct, or that, at best, only convictions for crimes involving a lack of veracity are relevant (in the Thayerian sense) to credibility: see, e.g., Lawson, “Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem” (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, at pp. 783-89; Doob and Kirshenbaum, “Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused” (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; see also the discussion in Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, at p. 544.

teté n’a aucun rapport avec la crédibilité et ne devrait donc pas être admissible parce que cela contreviendrait à la *Charte* ou, indépendamment de celle-ci, aux principes fondamentaux du droit de la preuve. Wigmore (op. cit., § 926) est peut-être le plus éminent partisan du point de vue selon lequel cette théorie porte atteinte aux principes fondamentaux du droit de la preuve. Selon lui, seuls devraient être admis en preuve les crimes qui sont utiles pour démontrer l’absence de véracité, comme par exemple, le faux, la tricherie, etc. Un point de vue semblable a été adopté au Canada dans le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve* (1983), par. 26.11, à la p. 384.

Il importe cependant de reconnaître, bien que cela ne règle peut-être pas complètement la question soulevée ci-dessus, que Wigmore et le groupe de travail ont eu recours à des définitions de la pertinence qui dénotaient [TRADUCTION] «quelque chose de plus qu’une valeur probante minimale» (*Wigmore on Evidence* (Tillers Rev. 1983), vol. 1A, § 28, à la p. 969), et que cela a bien pu dans une certaine mesure influencer sur leurs conclusions concernant la pertinence. Quoi qu’il en soit, cette Cour, je le répète, a rejeté à l’unanimité dans l’affaire *Morris de 1983*, précitée, cette conception de la pertinence.

Néanmoins la question fait naître certaines inquiétudes fondées sur la *Charte*. Ces inquiétudes sont justifiées jusqu’à un certain point par des études empiriques récentes qui laissent entendre, quoique d’une manière non concluante, que la question de savoir si une personne dit la vérité telle qu’elle la perçoit dépend avant tout des circonstances ou du contexte en présence et non pas de la conduite antérieure, ou que, tout au plus, seules sont pertinentes (au sens où l’entend Thayer) relativement à la crédibilité les condamnations pour des crimes comportant comme élément la fausseté: voir, par exemple, Lawson, “Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem” (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, aux pp. 783 à 789; Doob et Kirshenbaum, “Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused” (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; voir aussi l’analyse que l’on trouve dans Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, à la p. 544.

I am not convinced, however, that it would be correct to consider such evidence to be generally or definitionally irrelevant. As I observed earlier, at the stage of the threshold inquiry into relevancy, basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy, namely, that any item of evidence which, as a matter of common sense, logic and human experience, has any tendency to prove a fact in issue ought, *prima facie*, to be admitted to assist in the discovery of truth because the cumulative effect of such evidence may be sufficient to prove a fact in issue. McCormick, in proposing a similar test for relevancy which asks whether the item of evidence renders the desired inference "more probable than it would be" without that item, aptly observed that "[a] brick is not a wall" (*Evidence* (2nd ed. 1972), at pp. 436-37).

As I have said, the forerunners of s. 12, and indeed s. 12 itself, by rendering admissible into evidence all previous convictions for the purpose of affecting a witness' credibility (for what other purpose could such evidence legitimately serve?), necessarily embody a legislative judgment that such evidence is relevant to credibility. In the absence of cogent evidence establishing that evidence of previous convictions is irrelevant for that purpose, the fact that reasonable people may disagree about its relevance merely attests to the fact that unanimity in matters of common sense and human experience is unattainable.

More importantly, I would suggest that the better approach would be to err in favour of inclusion. Such doubts would have their place when considering the weight or probative value that should be ascribed to such evidence, for it has never been suggested that all previous convictions bear equally on a witness' credibility. As Martin J.A. stated in *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (Ont. C.A.), at p. 342:

Je ne suis toutefois pas convaincu qu'on aurait raison de considérer une telle preuve comme dénuée de pertinence soit de manière générale, soit par définition. Comme je l'ai fait remarquer auparavant, au stade de l'enquête préliminaire sur la pertinence, les principes fondamentaux du droit de la preuve expriment une politique d'inclusion suivant laquelle tout élément de preuve qui, selon le bon sens, la logique et l'expérience humaine, tend le moins à prouver un fait en litige devrait, à première vue, être admis pour aider à découvrir la vérité parce que l'effet cumulatif d'une telle preuve peut s'avérer suffisant pour établir un fait en litige. McCormick, en proposant un critère semblable pour déterminer la pertinence, lequel consiste à se demander si l'élément de preuve en question rend la déduction souhaitée [TRADUCTION] «plus probable qu'elle ne le serait» sans cet élément de preuve, a fait remarquer avec justesse qu'une [TRADUCTION] «brique n'est pas un mur» (*Evidence* (2nd ed. 1972), aux pp. 436 et 437).

Comme je l'ai déjà dit, les dispositions qui ont précédé l'art. 12 et, en fait, l'art. 12 lui-même, en rendant admissibles en preuve toutes les condamnations antérieures aux fins d'attaquer la crédibilité d'un témoin (à quoi d'autre une telle preuve pourrait-elle légitimement servir?), traduisent nécessairement un jugement de la part du législateur que cette preuve se rapporte à la crédibilité. À moins qu'il ne soit démontré d'une manière convaincante que la preuve de condamnations antérieures n'est pas pertinente à cette fin, le fait que des gens raisonnables puissent ne pas être d'accord quant à sa pertinence témoigne simplement de l'impossibilité d'obtenir l'unanimité sur des questions relevant du bon sens et de l'expérience humaine.

Qui plus est, j'estime pour ma part qu'il vaut mieux pencher du côté de l'inclusion. Ces doutes seraient appropriés en appréciant le poids ou la valeur probante qui doivent être attribués à cette preuve, car personne n'a jamais laissé entendre que toutes les condamnations antérieures influent de la même manière sur la crédibilité d'un témoin. Comme l'a dit le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Brown* (1978), 38 C.C.C. (2d) 339 (C.A. Ont.), à la p. 342:

The fact that a witness has been convicted of a crime is relevant to his trustworthiness as a witness. Obviously, convictions for offences involving dishonesty or false statements have a greater bearing on the question whether a witness is or is not likely to be truthful, than convictions for offences such as dangerous driving or assault. The probative value of prior convictions with respect to the personal trustworthiness of the witness also varies according to the number of prior convictions and their proximity or remoteness to the time when the witness gives evidence. A jury might well be justified in concluding that a conviction, even for a serious offence committed many years before, was of little if any value in relation to the credibility of a witness if he had since that time lived an honest life.

Finally, as we shall see, a salutary judicial discretion exists to ensure that this otherwise relevant and admissible evidence will be excluded where the interests of justice so require.

### Section 12 and the Accused as Witness

Once an accused was made competent to testify in his own defence it was soon accepted that his position *qua* witness was, for the purposes of what is now s. 12, generally assimilated to that of an ordinary witness. In *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (Ont. C.A.), Osler J.A. stated, at pp. 411 and 412-13:

The right, and if such it can be called, the privilege, of the accused now is to tender himself as a witness. When he does so he puts himself forward as a credible person, and except in so far as he may be shielded by some statutory protection, he is in the same situation as any other witness, as regards liability to and extent of cross-examination.

[An accused person] incurs the risk if he chooses to testify on his own behalf of having such convictions proved against him for the purpose of affecting his credit, and thereby incidentally of prejudicing his position with the jury in regard to the charge then on trial — a risk which, by the Imperial Act, it has been deemed proper to exclude.

[TRADUCTION] Le fait qu'un témoin a été reconnu coupable d'un crime est pertinent relativement à sa crédibilité en tant que témoin. Évidemment, des condamnations pour des infractions où il est question de malhonnêteté ou de fausses déclarations ont une influence plus grande sur la question de savoir si un témoin est susceptible de dire la vérité que celle qu'ont des déclarations de culpabilité d'infractions telles que la conduite dangereuse d'un véhicule automobile ou les voies de fait. La valeur probante des condamnations antérieures, en ce qui concerne la crédibilité personnelle du témoin, varie aussi en fonction de leur nombre et du temps écoulé entre leur perpétration et le moment où le témoin fait sa déposition. Un jury pourrait bien être justifié de conclure qu'une condamnation, même pour une infraction grave commise bien des années auparavant, a peu ou point de valeur relativement à la crédibilité d'un témoin qui a depuis lors vécu honnêtement.

Finalement, comme nous allons le constater, les tribunaux détiennent un pouvoir discrétionnaire salutaire qui leur permet d'assurer que cette preuve par ailleurs pertinente et admissible sera exclue lorsque cela s'impose dans l'intérêt de la justice.

### L'article 12 et l'accusé en tant que témoin

Dès que les accusés eurent été habilités à témoigner pour assurer leur propre défense, on n'a pas tardé à reconnaître que leur position en tant que témoins était, aux fins de ce qui constitue maintenant l'art. 12, généralement comparable à celle d'un témoin ordinaire. Dans l'arrêt *R. v. D'Aoust* (1902), 5 C.C.C. 407 (C.A. Ont.), le juge Osler a dit, aux pp. 411, 412 et 413:

[TRADUCTION] L'accusé jouit à présent du droit et, si on peut dire, du privilège de témoigner lui-même. S'il le fait, il se présente comme une personne digne de foi et, sauf dans la mesure où il bénéficie d'une protection légale quelconque, il se trouve sur le même pied que n'importe quel autre témoin quant à la possibilité d'avoir à subir un contre-interrogatoire et quant à l'ampleur de celui-ci.

[L'accusé] qui choisit de témoigner pour son propre compte court le risque qu'on se serve de ses condamnations antérieures pour mettre en doute sa crédibilité et, par le fait même, de compromettre accessoirement sa position vis-à-vis du jury relativement à l'accusation alors en cause — risque qu'on a jugé à propos d'écarter en vertu de la loi impériale.

It is, I think, self-evident that if previous convictions are viewed as relevant and *prima facie* admissible with respect to an ordinary witness' credibility, they are no less so with respect to an accused who testifies in his own defence, for he is thereby asking the jury to accept his word. This, however, is where the parallel ends. As Osler J.A. observed, the introduction of such evidence carries with it the potential for incidentally prejudicing the accused's position with the jury respecting the merits of the case. This is so because the evidence might be accepted as tending to prove not merely lack of credibility, but that the accused is a 'bad' person and therefore possessed of a propensity or disposition to commit any kind of crime, including that of which he is charged. This concern was addressed by the appellant at length and is a matter about which I shall have more to say later. The Imperial Act to which Osler J.A. referred, namely, the *Criminal Evidence Act*, 1898, will also be discussed below.

To mitigate against this risk of prejudice, the law came to require that the judge give a limiting instruction to the jury to the effect that while such evidence could be used to impeach the accused's credibility, it could not be used as proof of the accused's guilt: see, e.g., *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (Sask. C.A.), at p. 354. Additionally, it was held that the trial judge may, and sometimes must, where appropriate, provide guidance to the jury respecting the tenuous probative value of some convictions in relation to credibility; see *Brown and Stratton*, *supra*.

A further protection against the potentially prejudicial effects of allowing previous convictions of the accused into evidence was introduced in *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117 (Ont.) In that case, Misener Co. Ct. J. considered that prior to this Court's decision in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, there existed a broad discretion in a trial judge to exclude evidence if its probative value was significantly outweighed by its potential prejudicial effect. Although he thought the generality of this discretion had been cut down by that decision, he believed that this restriction applied only to

À mon avis, il va de soi que, si des condamnations antérieures sont considérées comme pertinentes et admissibles à première vue relativement à la crédibilité d'un témoin ordinaire, elles ne le sont pas moins dans le cas d'un accusé qui témoigne pour assurer sa propre défense, car il se trouve par là à demander au jury d'ajouter foi à ses dires. La comparaison s'arrête toutefois là. Comme l'a fait remarquer le juge Osler, la production d'une telle preuve risque de compromettre accessoirement la position de l'accusé par rapport au jury quant au fond du litige. Cela tient à ce que cette preuve pourrait être admise comme tendant à établir non seulement le manque de crédibilité, mais aussi le fait que l'accusé est une «mauvaise» personne qui, en conséquence, a, en conséquence, une propension ou une tendance à commettre tous les genres de crimes, y compris celui dont il est inculpé. L'appelant a beaucoup insisté sur ce point et j'y reviendrai plus loin. La loi impériale à laquelle fait allusion le juge Osler, savoir la *Criminal Evidence Act*, 1898, fera également l'objet d'un examen.

Pour atténuer ce risque de préjudice, on en est venu à exiger du juge qu'il fasse dans son exposé au jury une mise en garde portant que même si cette preuve peut être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé, on ne saurait s'en servir comme preuve de sa culpabilité: voir, par exemple, *R. v. Fushtor* (1946), 85 C.C.C. 283 (C.A. Sask.), à la p. 354. De plus, on a conclu que le juge du procès peut, et parfois doit, si c'est indiqué, donner au jury des directives concernant la faible valeur probante de certaines condamnations relativement à la question de la crédibilité; voir les arrêts *Brown et Stratton*, précités.

Une protection supplémentaire contre les effets potentiellement préjudiciables de l'admission en preuve des condamnations antérieures de l'accusé a été établie dans la décision *R. v. Powell* (1977), 37 C.C.C. (2d) 117 (Ont.) Dans cette affaire, le juge Misener de la Cour de comté a estimé que, antérieurement à l'arrêt de cette Cour *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, le juge du procès possédait un large pouvoir discrétionnaire d'écarter tout élément de preuve dont la valeur probante se révélait nettement inférieure à son effet préjudiciable possible. Même s'il croyait que cet arrêt était venu

substantive issues and not to issues of credibility. At page 119, he set forth his reasons for this view as follows:

In my view, where the evidence tendered goes only to the credibility, there is a discretion in the interests of a fair trial, in other words, in the interests of ensuring that the accused is judged on the substantive facts and that the accused is not put in the position of having evidence that relates only to credibility introduced which might well gravely prejudice him on the substantive issues. In my view, there is a discretion in the Court to exclude such evidence, which in this case takes the form, of course, of evidence of previous convictions. That kind of evidence does, in the minds of ordinary citizens, reflect upon the character of the accused. This proposition was recognized to the extent that such a proposition can be recognized by the Court in *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1. At p. 102 C.C.C., p. 25 C.R.N.S., the Court said that the prejudice occasioned by the fact that a criminal record reflects upon the character of the accused is in this day no longer a matter of serious conjecture. It seems to me therefore, that a discretion to exclude evidence that relates entirely to credibility, or is put forth entirely on the basis of credibility, still remains if the weight of the evidence with respect to the issue of credibility is tenuous and if the prejudicial effect to the accused on the substantive issue may well be very great.

This lead was followed by the Ontario High Court in *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196.

The recognition of a residual discretion to exclude such evidence was, however, short-lived. Six months following *Skehan, supra*, the Ontario Court of Appeal, in *Stratton, supra*, held that there is no judicial discretion to exclude evidence rendered admissible by s. 12. Martin J.A., who delivered the judgment of the court, noted that in *D'Aoust, supra*, s. 12 had been held to be applicable to accused persons, and pointed out that that case had never been challenged on this point. He also noted that this conclusion was consistent with the English position, for in enacting the *Criminal Evidence Act*, 1898, whereby the accused was

restreindre le caractère général de ce pouvoir discrétionnaire, il a estimé que la restriction s'appliquait uniquement aux questions de fond et non pas à celles touchant la crédibilité. À la page 119, il explique ainsi le fondement de son opinion:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsque la preuve produite porte uniquement sur la crédibilité, il existe un pouvoir discrétionnaire qu'il faut exercer pour assurer la tenue d'un procès équitable, en d'autres termes, pour assurer que l'accusé est jugé en fonction de la preuve de fond et qu'aucune preuve ne soit présentée qui se rapporte uniquement à la crédibilité et qui puisse lui causer un préjudice grave en ce qui concerne les questions de fond. J'estime que la cour possède le pouvoir discrétionnaire d'écarter une telle preuve, laquelle revêt évidemment en l'espèce la forme d'une preuve de condamnations antérieures. Dans l'esprit du citoyen ordinaire, ce genre de preuve met en doute la bonne moralité de l'accusé. Il s'agit là d'une proposition qui a été reconnue, dans la mesure où la cour peut le faire, dans *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1. À la page 102 C.C.C., p. 25 C.R.N.S., la cour affirme que le préjudice causé par le fait qu'un casier judiciaire met en doute la bonne moralité de l'accusé n'est plus sérieusement contesté de nos jours. Il me semble donc qu'un pouvoir discrétionnaire d'exclure tout élément de preuve qui se rapporte exclusivement à la crédibilité ou dont la production est fondée entièrement sur la crédibilité, peut encore s'exercer si la valeur probante de la preuve portant sur la question de la crédibilité est faible et si l'effet préjudiciable pour l'accusé relativement à la question de fond risque d'être très important.

La Haute Cour de l'Ontario s'est engagée dans la même voie dans la décision *R. v. Skehan* (1978), 39 C.C.C. (2d) 196.

La reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une telle preuve s'est révélée de courte durée. En effet, six mois après la décision *Skehan*, précitée, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Stratton*, précité, a statué qu'il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve rendue admissible par l'art. 12. Le juge Martin, qui a prononcé le jugement de la cour, a fait observer que, dans l'arrêt *D'Aoust*, précité, l'art. 12 avait été jugé applicable aux personnes accusées et que, sur ce point, l'arrêt *D'Aoust* n'avait jamais été attaqué. Il a souligné en outre que cette conclusion cadrerait avec la position

rendered a competent witness, it had been felt necessary to safeguard an accused person from automatic disclosure of his criminal record.

Martin J.A. also recognized the danger that the jury may find it difficult to confine evidence of previous convictions to the issue of credibility and use it for the forbidden purpose of determining that the accused is a person likely from his criminal conduct to have committed the offence. However, he concluded that s. 12 did not admit of a discretion to exclude such evidence and disapproved of the contrary opinions expressed in *Powell and Skehan, supra*. Because I respectfully disagree with the learned judge's conclusion on this, the central issue in this appeal, the reasons for this conclusion will be subjected to closer scrutiny. It is first necessary, however, to look more carefully at the nature of the prejudice that s. 12 is said to occasion.

### The Nature of the Prejudice

Simply put, the appellant's submissions are twofold: first, that the admission into evidence of an accused's previous convictions harbours the potential to prejudice profoundly the fairness of the accused's trial; and second, that some means (constitutional or otherwise) must exist to negate that potential.

For the reasons that follow, and in the face of a resoundingly uniform body of judicial and academic opinion, as well as empirical evidence to the effect that the section's actual or putative operation is capable of causing manifold prejudice to the interests of the accused (and, for that matter, of the public) in a fair trial, one cannot help but concede the force of the appellant's submissions regarding prejudice. By prejudice is meant, of course, that the acceptance of such evidence could operate unfairly and unjustly, and not merely unfortunately to the accused; see *Wray, supra*, per

anglaise car, en adoptant la *Criminal Evidence Act*, 1898, qui habilitait les accusés à témoigner, on avait cru nécessaire de protéger les accusés contre la divulgation automatique de leurs casiers judiciaires.

Par ailleurs, le juge Martin a reconnu le danger que le jury éprouve de la difficulté à n'appliquer la preuve de condamnations antérieures qu'à la question de la crédibilité et qu'il s'en serve dans le but interdit de déterminer que l'accusé est une personne qui, à en juger par sa conduite criminelle, a probablement commis l'infraction en cause. Il a toutefois conclu que l'art. 12 n'admettait pas l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'écarter une telle preuve et a désapprouvé les avis contraires exprimés dans les décisions *Powell et Skehan*, précitées. Puisque, malgré tout le respect que je lui dois, je ne souscris pas à la conclusion du savant juge sur ce point, qui constitue la question fondamentale soulevée en l'espèce, les motifs de sa conclusion seront soumis à un examen plus attentif. Toutefois, il est d'abord nécessaire d'examiner de plus près la nature du préjudice qui, prétend-on, résulte de l'art. 12.

### La nature du préjudice

L'appelant avance tout simplement deux arguments. Il allègue en premier lieu que l'admission en preuve des condamnations antérieures d'un accusé risque de porter gravement préjudice au caractère équitable de son procès. En deuxième lieu, il soutient qu'il doit exister un moyen quelconque (constitutionnel ou autre) de supprimer ce risque.

Pour les raisons exposées ci-après et devant l'uniformité éclatante des opinions exprimées dans la jurisprudence et la doctrine et compte tenu d'une preuve empirique établissant que l'application réelle ou théorique de l'article en question risque à divers titres de préjudicier à l'intérêt qu'a l'accusé (et même le public) à ce que le procès soit équitable, on ne peut que convenir de la force des arguments de l'appelant relativement au préjudice. Par préjudice il faut entendre, bien sûr, que l'acceptation d'une telle preuve pourrait avoir des conséquences inéquitables et injustes, et non seule-

Martland J. at p. 293; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.)

The most obvious way in which this prejudice manifests itself arises from the fact that the operation of s. 12 significantly, and often invidiously, circumvents the complex of rules that precludes, in general, the introduction by the Crown of evidence of an accused's "bad character", or disposition for criminal activity or discreditable acts not related to the charge. This proscription, described by Viscount Sankey L.C. in *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, at p. 317, as "one of the most deeply rooted and jealously guarded principles of our criminal law", was expressed in the seminal case of *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), as follows:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to show that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

(*Per* Lord Herschell L.C., at p. 65.)

The rationale for this admonition, that an individual is to be tried not for the kind of person he may be but for the offence he may have committed, has been eloquently expressed by Karl Llewellyn in the following terms (quoted in Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 335):

Angel or devil, a man has a claim to a fair trial of his guilt. Angel or devil, he has a claim to a fair trial, not of his general social desirability, but of his guilt of the specific offence charged against him. Such is the letter of our law. Such also is our law's spirit. For letter and for spirit there is a reason. Law is administered by men. We do not trust men to be wholly wise, or wholly fair . . . . The job of court and jury is to see whether the suspect has committed the particular offence . . . .

ment malheureuses pour l'accusé; voir *Wray*, précité, le juge Martland, à la p. 293; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.)

<sup>a</sup> La manifestation la plus évidente de ce préjudice vient de ce que l'application de l'art. 12 contourne sensiblement, et souvent injustement, l'ensemble de règles qui, en général, interdisent au <sup>b</sup> ministère public de produire une preuve soit de la «mauvaise moralité» d'un accusé, soit de sa propension à exercer des activités criminelles ou à commettre des actes déshonorants qui n'ont rien à voir avec l'accusation en question. Cette proscription, <sup>c</sup> décrite par le lord chancelier le vicomte Sankey dans l'arrêt *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, précité, à la p. 317, comme [TRADUCTION] «l'un des principes les plus profondément enracinés et les plus jalousement protégés de notre droit criminel», est exprimée ainsi dans l'arrêt de principe *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.):

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que la poursuite <sup>e</sup> ne peut, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable <sup>f</sup> de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation.

(Le lord chancelier Herschell, à la p. 65.)

La raison d'être de cet avertissement concernant l'obligation de juger un individu non pas en fonction du type de personne qu'il peut être, mais en <sup>g</sup> fonction de l'infraction qu'il a pu commettre, a été éloquentement exposée par Karl Llewellyn dans le passage reproduit ci-après (cité dans Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal <sup>h</sup> Process* (1979), à la p. 335):

[TRADUCTION] Fût-il un ange ou fût-il un démon, tout homme a droit à ce que sa culpabilité soit déterminée au cours d'un procès équitable. Fût-il un ange ou fût-il un démon, il a droit à un procès équitable en vue de <sup>i</sup> déterminer non pas son utilité générale dans la société, mais sa culpabilité de l'infraction précise qu'on lui impute. Telle est la lettre de la loi. Telle est également son esprit. Et la lettre et l'esprit ont leur raison d'être. La loi est appliquée par des hommes. Or, nous ne <sup>j</sup> pouvons compter sur des hommes pour être parfaitement sages, ni parfaitement justes [ . . . ] Il incombe donc à la cour et au jury de juger si le suspect a commis l'infraction particulière . . . .



However, as Martin J.A. observed in *Stratton, supra*, by assimilating an accused to the position of an ordinary witness, s. 12 places the trier of fact in the unenviable position of entertaining at once two highly, and often impossibly dissonant trains of thought. As Ratushny points out, the trier of fact is entitled to infer that because the accused committed criminal acts in the past he or she is now more likely to lie, but that same trier of fact is not entitled to infer therefrom that the accused is also more likely to have committed the evil act for which he is now on trial (*supra*, at pp. 336-37). Ironically, however, as a matter of logic and human experience which are, after all, our touchstones in the present inquiry, the probative value of such evidence to the latter question (of guilt) appears to be far more prepossessing.

This perception, as Hutcheon J.A. demonstrated in the Court of Appeal, is shared by academics, practitioners and judges alike; see, for example, Friedland, *loc. cit.*, esp. at p. 658; Teed, "The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused" (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70, esp. at pp. 75-76. Indeed, with respect to evidence of crimes similar to that for which the accused is being tried, it is, to say the least, ironic that the carefully considered judicial criteria that require similar fact evidence to be rejected unless it reaches such a high level of probative value as to outweigh any prejudice that may arise from its admission, should, by virtue of s. 12, automatically cease to obtain. This starkly highlights the fact that the prejudice explicitly recognized by the law does not cease to obtain merely because of the accused's decision to testify.

I agree with Professor Friedland, *loc. cit.*, that the law's sedulously fostered position, that the character of an accused may not be considered unless he first raises the issue or unless the Crown meets the criteria of similar fact evidence, ought not easily yield to what a Law Reform Commission of Canada paper has described as "the fallacy

Toutefois, comme l'a fait observer le juge Martin dans l'arrêt *Stratton*, précité, en assimilant un accusé à un témoin ordinaire, l'art. 12 met le juge des faits dans la position peu enviable d'avoir à garder simultanément présentes à l'esprit deux idées hautement, et souvent irréductiblement, discordantes. Comme le souligne Ratushny, le juge des faits est en droit de déduire que parce que l'accusé a commis des actes criminels dans le passé, il est maintenant plus susceptible de mentir, mais ce même juge ne saurait en déduire que l'accusé est également plus susceptible d'avoir commis l'acte répréhensible pour lequel il subit actuellement son procès (précité, aux pp. 336 et 337). Ironiquement toutefois, selon la logique et l'expérience humaine qui sont, après tout, nos pierres de touche dans la présente étude, la valeur probante d'une telle preuve relativement à cette dernière question (celle de la culpabilité) paraît beaucoup plus grande.

Cette impression, comme l'a démontré le juge Hutcheon en Cour d'appel, est partagée à la fois par les auteurs de doctrine, par les avocats praticiens et par les juges; voir, par exemple, Friedland, *loc. cit.*, particulièrement à la p. 658; Teed, «The Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act upon an Accused» (1970-71), 13 *Crim. L.Q.* 70, particulièrement aux pp. 75 et 76. En fait, pour ce qui est de la preuve de crimes semblables à celui pour lequel l'accusé subit son procès, il est pour le moins ironique que les critères judiciaires soigneusement élaborés, qui exigent le rejet de toute preuve de faits similaires, à moins que sa valeur probante ne soit à ce point élevée qu'elle l'emporte sur tout préjudice pouvant résulter de son admission, devraient, suivant l'art. 12, cesser automatiquement de s'appliquer. Il en ressort nettement que le préjudice explicitement reconnu par la loi ne disparaît pas du simple fait que l'accusé décide de témoigner.

Je suis d'accord avec le professeur Friedland, *loc. cit.*, pour dire que la position juridique qu'on s'est tant appliqué à maintenir, selon laquelle la moralité d'un accusé ne saurait être prise en considération que si c'est lui qui soulève la question en premier lieu ou si le ministère public satisfait aux critères en matière de preuve de faits similaires, ne

[in s. 12] that it is rational to treat the accused like an ordinary non-party witness" (*Evidence* (1972), Study Paper No. 3: "Credibility", at p. 8). Furthermore, I think it self-evident that the law cannot profess to learn from common sense and experience and yet selectively ignore such lessons. I also think it significant that I have not unearthed any academic or empirical evidence tending to undermine these observations. Indeed, quite the contrary is true; see Wissler and Saks, "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37; Ratushny, *op. cit.*; Friedland, *loc. cit.*

Nor, in my opinion, ought the law simply to assert away this problem by reflexively invoking the virtues of the jury system, and in particular the time-honoured and obviously practical and necessary assumption that jurors are eminently capable of following a judge's limiting instructions respecting the uses to which evidence may be put, as seems to be done in some cases; see, for example, *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279. These cases, indeed, appear to suggest that to acknowledge the problem somehow undermines the justification for the jury system.

It seems to me that it is specious to say that to recognize what we know from experience to be the limitations of the human reasoning process is simultaneously to discredit the general utility of the jury as an instrument of justice. Indeed, an appreciation of human limitations can only redound to the benefit of the system as a whole by ensuring that these are accounted for and protected against. We deceive ourselves if we expect the jury to reason in ways that we, as lawyers and judges, know from experience to be often unrealistic, if not impossible.

devrait pas facilement céder le pas devant le fait, souligné dans un document de la Commission de réforme du droit du Canada, que «L'article 12 [...] présume à tort qu'il est logique de traiter l'accusé de la même manière qu'un témoin qui n'est pas partie au procès» (*La preuve* (1972), Document préliminaire n° 3: «La crédibilité», à la p. 8). De plus, j'estime qu'il est évident en soi que le droit ne saurait professer de tirer leçon du bon sens et de l'expérience tout en refusant d'en tenir compte dans certaines situations. Selon moi, il est aussi révélateur que je n'aie pu découvrir aucune preuve théorique ou empirique tendant à contredire ces observations. En fait, c'est tout le contraire; voir Wissler et Saks, «On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt» (1985), 9 *Law and Human Behavior* 37; Ratushny, *op. cit.*; Friedland, *loc. cit.*

À mon avis, le droit ne devrait pas non plus se contenter de nier l'existence de ce problème, comme on semble le faire dans certains cas, en obéissant au réflexe de vanter les mérites du système de jurys et, en particulier, d'invoquer la thèse, consacrée par l'usage et manifestement pratique et nécessaire, suivant laquelle les jurés sont parfaitement capables de suivre les directives du juge concernant les fins limitées auxquelles peut servir la preuve; voir, par exemple, *State v. Anderson*, 641 P.2d 728 (Wash. Ct. App. 1982); *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), à la p. 279. Il paraît en fait ressortir de cette jurisprudence que reconnaître l'existence du problème revient en quelque sorte à miner la justification du système de jurys.

Il me semble trompeur d'affirmer qu'en reconnaissant ce qui, d'après l'expérience, constitue les limites du raisonnement humain, nous nous trouvons en même temps à minimiser l'utilité générale du jury en tant qu'instrument de justice. De fait, la conscience des limites humaines ne peut que profiter au système dans son ensemble en garantissant qu'il en sera tenu compte et que des mesures seront prises pour y parer. Nous nous leurrions si nous nous attendons à ce que les jurés adoptent des modes de raisonnement qui, nous le savons bien grâce à notre expérience d'avocats et de juges, sont souvent irréalistes, voire impossibles.

Other, clearly related ways in which such prejudice may manifest itself have also been suggested by Ratushny, *op. cit.*, at pp. 340-41, whose views on these matters are quite representative. First, the introduction of such evidence can prejudice the accused by effectively relaxing the standard of proof necessary for a finding of guilt. It is argued that a trier of fact might be less concerned about erroneously convicting a known criminal than a person with an unblemished past. As Ratushny observes, at p. 341, “[s]uch a result runs entirely contrary to the whole basis of our criminal process”.

Ratushny, at p. 341, suggests compounding dangers, arising out of the fact that, not unnaturally, it is often the presence of previous convictions that lead police to suspect and charge a person in the first place, sometimes on tenuous grounds. Thus a “vicious circle” may ensue. A person is suspected and investigated because of his record and the existence of that record increases the likelihood of his conviction. Ratushny thus concludes, at p. 341:

The innocent accused who has a previous record is, therefore, caught in a cruel dilemma at his trial. Does he take the witness stand to offer his explanation, facing the likelihood that he will be convicted anyway because of his past misconduct? Or does he simply remain silent and permit adverse inferences to be drawn from his failure to offer an explanation even though he may well have such an explanation?

This latter observation suggests a different aspect of the prejudice argument, namely, the concern that s. 12 operates so as to result in the unequal ability of accused persons to conduct their defence, a concern also raised by the Law Reform Commission of Canada study paper already referred to (*loc. cit.*, at p. 9); see also Wright, “Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction” (1940), 18 *Can. Bar Rev.* 808, at p. 810.

D’autres manières, nettement connexes, par lesquelles un tel préjudice peut se manifester, ont été évoquées par Ratushny, *op. cit.*, aux pp. 340 et 341. Ses opinions sur ce point sont très représentatives. Premièrement, la production d’une telle preuve peut nuire à l’accusé en apportant un assouplissement effectif de la norme de preuve à laquelle il faut satisfaire pour obtenir un verdict de culpabilité. Il se pourrait, dit-on, qu’un juge des faits ait moins de réticence à rendre un verdict de culpabilité erroné contre un criminel notoire qu’il n’en éprouve dans le cas d’une personne au passé sans reproche. Comme le fait observer Ratushny à la p. 341, [TRADUCTION] «[p]areil résultat est tout à fait contraire au fondement même de notre processus criminel».

Toujours à la p. 341, Ratushny laisse entendre que le danger est aggravé du fait que, ce qui est naturel d’ailleurs, c’est souvent l’existence de condamnations antérieures qui amène la police à soupçonner et à inculper une personne, parfois pour des motifs bien ténus. Cette situation peut créer un «cercle vicieux». Une personne est soupçonnée et fait l’objet d’une enquête à cause de son casier judiciaire et l’existence de ce casier judiciaire augmente les chances d’une déclaration de culpabilité. C’est ainsi que Ratushny conclut, à la p. 341:

[TRADUCTION] À son procès, l’accusé innocent qui a des antécédents judiciaires se trouve en conséquence devant un dilemme cruel. Se présentera-t-il à la barre des témoins pour donner une explication, auquel cas il sera probablement reconnu coupable de toute façon en raison de son inculpation antérieure? Ou doit-il simplement garder le silence et permettre qu’on tire de son omission de s’expliquer des conclusions défavorables, même s’il peut très bien être en mesure de fournir une explication?

Cette dernière observation évoque un aspect différent de l’argument relatif au préjudice, savoir la crainte que l’art. 12 n’ait pour effet d’entraîner l’inégalité quant à la capacité des accusés de se défendre, crainte qu’a exprimée également la Commission de réforme du droit du Canada dans le document préliminaire susmentionné (*loc. cit.*, à la p. 9); voir en outre Wright, «Evidence — Credibility of Witness — Cross-Examination as to Previous Conviction» (1940), 18 *R. du B. can.* 808, à la p. 810.

Finally, empirical evidence suggests that s. 12 does, indeed, operate so as unequally to affect the ability of accused persons to defend themselves, particularly when the previous convictions allowed into evidence are of crimes similar to that with which they are charged. The various studies are reviewed by Wissler and Saks, *loc. cit.*, esp. at pp. 38-39 and 43-44. Moreover, Ratushny, at p. 341, refers to a survey indicating that in Canada accused persons will more frequently choose not to testify than in England, where cross-examination on previous convictions is specifically restricted and subject to an overriding judicial discretion to avoid undue prejudice. However vulnerable to methodological or other criticism these results may be, I think it significant that these studies uniformly tend to support the appellant's contention that s. 12 is capable of operating prejudicially against an accused. Having satisfied myself that the risk of prejudice is by no means speculative or illusory, I now turn to the question whether s. 12 admits of a discretion in the trial judge to prevent such prejudice materializing.

#### The Holding in *Stratton* and the Discretion to Exclude

As I stated earlier, I find myself, with respect, unable to agree with the conclusion in *Stratton*, *supra*, that there is no discretion to exclude prejudicial evidence of previous convictions in an appropriate case, and I now propose to set forth the nature of this disagreement. On my reading of that case, it is readily apparent that Martin J.A. was of the view that in order to find such a discretion it was necessary that it be expressly conferred by s. 12 itself. He nowhere addressed the possibility that the discretion existed at common law and had not been extinguished by s. 12. At page 461, the learned judge stated:

Finalemment, il existe des éléments de preuve empiriques qui indiquent que l'art. 12 a réellement pour effet de créer l'inégalité en ce qui concerne la capacité des accusés de se défendre, surtout lorsqu'ils ont des condamnations antérieures admises en preuve se rapportent à des crimes semblables à celui dont ils se trouvent accusés. Wissler et Saks, *loc. cit.*, particulièrement aux pp. 38 et 39, 43 et 44, passent en revue les différentes études portant sur ce sujet. De plus, Ratushny, à la p. 341, mentionne une étude qui indique qu'au Canada les accusés choisissent plus fréquemment de ne pas témoigner que ce n'est le cas en Angleterre où le contre-interrogatoire relativement aux condamnations antérieures est expressément limité et assujéti à un pouvoir discrétionnaire général qui permet aux tribunaux d'éviter qu'un préjudice indu ne soit causé. Quelle que soit la mesure dans laquelle ces résultats donnent prise à une critique méthodologique ou autre, je crois qu'il est important de souligner que les études en question tendent uniformément à appuyer l'argument de l'appelant selon lequel l'art. 12 est susceptible de jouer contre l'accusé. Étant convaincu que le risque de préjudice n'a rien de spéculatif ni d'illusoire, j'en viens maintenant à la question de savoir si l'art. 12 admet l'existence d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel le juge du procès peut empêcher un tel préjudice de se concrétiser.

#### L'arrêt *Stratton* et le pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion

Comme je l'ai dit précédemment, je me vois incapable de souscrire à la conclusion tirée dans l'arrêt *Stratton*, précité, selon laquelle il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire d'écarter, lorsque cela est indiqué, toute preuve préjudiciable de condamnations antérieures et je compte maintenant exposer la nature de ce désaccord. Selon mon interprétation de cet arrêt, il est bien évident que, de l'avis du juge Martin, ce pouvoir discrétionnaire doit être expressément conféré par le texte même de l'art. 12, sans quoi on ne saurait conclure à son existence. Il n'a, à aucun moment, examiné la possibilité que ce pouvoir discrétionnaire existe en *common law* et que l'art. 12 ne soit pas venu l'abolir. À la page 461, le savant juge affirme:

Central to the premise that the trial Judge has such a discretion is the interpretation of the provision in s. 12 that a witness "may" be questioned with respect to previous convictions as conferring a discretion on the Judge to disallow such questioning.

Having so characterized the issue, he concluded that the word "may" did not give an exclusionary discretion to the trial judge but merely referred to the prosecutorial discretion to adduce such evidence.

In reaching this conclusion, Martin J.A. rejected a line of American cases which had viewed the central question in ascertaining the effect of a similarly worded statute to be whether the statute "leaves room" for such a discretion. In *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965), McGowan, Circuit Judge, speaking for a majority of the Court of Appeals, District of Columbia Circuit, said, at pp. 767-68:

Section 305 is not written in mandatory terms. It says, in effect, that the conviction "may", as opposed to "shall", be admitted; and we think the choice of words in this instance is significant. The trial court is not required to allow impeachment by prior conviction every time a defendant takes the stand in his own defense. The statute, in our view, leaves room for the operation of a sound judicial discretion to play upon the circumstances as they unfold in a particular case. [Emphasis added.]

Martin J.A. preferred the dissenting opinion given by Danaher, Circuit Judge in that case to the effect that the provision was directed to prosecutorial discretion, not to the admission of evidence.

For my part, I respectfully favour the view of McGowan J. that the word "may" in the provision in that case, as well as in s. 12, did not require the trial judge to admit all convictions, but rather left room for the exercise of a "sound judicial discretion" that existed independently of the statute. That discretion, we saw, exists at common law, being one of the fundamental postulates of the law

[TRADUCTION] La prémisses voulant que le juge du procès possède un tel pouvoir discrétionnaire repose essentiellement sur l'interprétation selon laquelle la disposition de l'art. 12 portant qu'un témoin «peut» être interrogé relativement à ses condamnations antérieures confère au juge le pouvoir discrétionnaire de ne pas permettre ce genre d'interrogatoire.

Ayant ainsi qualifié la question en litige, il a conclu que le mot «peut», loin d'investir le juge du procès d'un pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve en question, exprimait simplement le fait que la poursuite détenait un pouvoir discrétionnaire de produire ladite preuve.

En tirant cette conclusion, le juge Martin a rejeté une série de décisions américaines dans lesquelles on avait jugé que la question cruciale aux fins de déterminer l'effet d'une loi rédigée d'une manière semblable à celle dont il s'agit en l'espèce est de savoir si son texte «permet» un tel pouvoir discrétionnaire. Dans l'arrêt *Luck v. United States*, 348 F.2d 763 (1965), le juge de circuit McGowan, s'exprimant au nom de la Court of Appeals, circuit du district de Columbia, affirme aux pp. 767 et 768:

[TRADUCTION] L'article 305 n'a rien d'impératif. Il porte en fait que la condamnation «peut», par opposition à «doit», être admise en preuve; et nous estimons que les mots choisis dans le présent cas sont révélateurs. En effet, le tribunal de première instance n'est pas tenu de permettre qu'on invoque des condamnations antérieures pour attaquer la crédibilité du défendeur chaque fois que celui-ci témoigne pour sa propre défense. La Loi, selon nous, permet que les tribunaux exercent un saine pouvoir discrétionnaire en tenant compte des circonstances qui se présentent dans chaque cas. [Je souligne.]

Le juge Martin a préféré l'opinion dissidente exprimée par le juge de circuit Danaher dans cette affaire, portant que la disposition visait le pouvoir discrétionnaire de la poursuite et non l'admission d'éléments de preuve.

Pour ma part, je préfère le point de vue du juge McGowan selon lequel le mot «peut» figurant dans la disposition en cause dans cette affaire, ainsi que dans l'art. 12, n'exigeait pas que le juge du procès admette en preuve toutes les condamnations, mais permettait plutôt l'exercice d'un [TRADUCTION] «saine pouvoir discrétionnaire» qui existait indépendamment de la Loi. Ce pouvoir discrétionnaire,

of evidence. It is frequently identified with the *Wray* case, *supra*, where Cartwright C.J., albeit in dissent, observed that “[t]he discretionary power, if it exists, is not created by any statute but rests upon judicial decisions” (p. 281). This was obviously accepted by the majority of this Court, which concluded, albeit in *obiter*, that a general discretionary power to exclude prejudicial evidence did exist. That discretion is, in my view, so fundamental to the notion of a fair trial that, even apart from *Charter* considerations, its statutory removal should not lightly be assumed. Section 12 contains no language indicating its removal and accordingly there is nothing to prevent its continuing subsistence.

It should be noted that the view in *Luck*, that the trial judge retains a discretion to exclude evidence of previous convictions where their probative value for impeachment purposes outweighs their prejudicial effect, was adopted in almost every Circuit (*Federal Rules of Evidence Manual*, *op. cit.*, at p. 519), and was substantially incorporated into Rule 609(a) of the *Federal Rules of Evidence*, although that Rule represents, in the words of the Manual, “a compromise of sorts” in that while it retains the *Luck* rule, it allows no discretion where the crime of which he was convicted involved dishonesty or false statement.

The approach I suggest is also supported by the English position under s. 1(f) of the *Criminal Evidence Act*, 1898, which reads:

(f.) A person charged and called as a witness in pursuance of this Act shall not be asked, and if asked shall not be required to answer, any question tending to show that he has committed or been convicted of or been charged with any offence other than that wherewith he is then charged, or is of bad character, unless —

nous l'avons vu, existe en *common law*, étant l'un des principes fondamentaux du droit de la preuve. Il est souvent assimilé à l'affaire *Wray*, précitée, où le juge en chef Cartwright, quoique dissident, a fait observer que «[l]e pouvoir discrétionnaire, s'il existe, n'est pas d'origine législative mais judiciaire» (p. 281). Cela a manifestement été accepté par la Cour à la majorité qui a conclu, quoique sous forme d'opinion incidente, qu'il existait effectivement un pouvoir discrétionnaire général d'exclusion des éléments de preuve préjudiciables. Ce pouvoir discrétionnaire est, à mon sens, si essentiel à la notion de procès équitable que, même mises à part les considérations relatives à la *Charte*, son abrogation par la loi ne devrait pas être prise à la légère. Rien dans l'art. 12 n'indique qu'il est abrogé et, par conséquent, rien ne l'empêche de continuer à exister.

Il convient d'ailleurs de faire remarquer que l'opinion exprimée dans l'arrêt *Luck*, selon laquelle le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d'exclure toute preuve de condamnations antérieures lorsque leur valeur probante aux fins d'établir le manque de crédibilité l'emporte sur leur effet préjudiciable, a été adoptée dans la quasi-totalité des circuits (*Federal Rules of Evidence Manual*, *op. cit.*, à la p. 519), et a été pour l'essentiel incorporée dans la règle 609a) des *Federal Rules of Evidence*, quoique ladite règle constitue, pour reprendre les termes du *Manual*, [TRADUCTION] «une espèce de compromis» en ce sens que, tout en maintenant la règle posée dans l'arrêt *Luck*, elle n'accorde aucun pouvoir discrétionnaire lorsque le crime dont le défendeur a été déclaré coupable comporte de la malhonnêteté ou de fausses déclarations.

Le point de vue que je préconise est également étayé par la position anglaise sous le régime de l'al. 1f) de la *Criminal Evidence Act*, 1898, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

f.) Aucune question tendant à démontrer qu'elle a commis une infraction autre que celle dont elle est alors inculpée, ou qu'elle en a été déclarée coupable ou accusée, ou qu'elle est de mauvaise réputation, ne peut être posée à une personne accusée et appelée à témoigner sous l'empire de la présente loi, et si telle question est posée, cette personne n'est pas tenue de répondre, sauf —

- (i) the proof that he has committed or been convicted of such other offence is admissible evidence to show that he is guilty of the offence wherewith he is then charged; or
- (ii) he has personally or by his advocate asked questions of the witnesses for the prosecution with a view to establish his own good character, or has given evidence of his good character, or the nature or conduct of the defence is such as to involve imputations on the character of the prosecutor or the witnesses for the prosecution; or
- (iii) he has given evidence against any other person charged with the same offence.

Martin J.A. also dealt with this provision. Citing the leading case of *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304 (H.L.), he acknowledged that the English case law had affirmed the existence of a discretion to refuse to permit such cross-examination notwithstanding that by the conduct of his defence the accused had triggered that section and thereby *prima facie* exposed himself to such questions. However, he did not find these authorities persuasive since they involved the construction of entirely different statutory provisions (p. 463). Parenthetically, it should be noted that Seaton J.A., in the Court of Appeal, appears to have overlooked these authorities in stating that had the English procedure been available in the present case, cross-examination on the murder conviction would have been permitted.

*Selvey* makes it clear that the discretion exercised under s. 1(f) of the English Act is a general, subsisting one, not dependent in any way on that section for its continued existence. At page 346, Lord Hodson noted:

The respondent, on the other hand, has contended before your Lordships that the trial judge has no discretion whether to admit or exclude evidence. The words of the section are plain and define the circumstances in which the accused throws away his shield. His protection having ceased, the statute clearly provides that his record may be put to the accused. Where then, he asks, is there room for discretion to be exercised to prevent this being done? The answer is twofold. First, there is a long line of authority to support the opinion that there is

- (i) si la preuve qu'elle a commis ou qu'elle a été déclarée coupable de cette autre infraction est recevable pour démontrer qu'elle a commis l'infraction dont elle est alors inculpée; ou
- (ii) si elle a, personnellement ou par l'entremise de son avocat, interrogé les témoins du poursuivant dans le but d'établir sa propre bonne réputation, ou si elle a donné une preuve de sa bonne réputation, ou si la nature de la défense ou la façon dont elle est conduite est de nature à porter atteinte à la réputation du poursuivant ou de ses témoins; ou
- (iii) si elle a témoigné contre toute autre personne inculpée de la même infraction.

Le juge Martin a également examiné cette disposition. Citant l'arrêt de principe *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1970] A.C. 304 (H.L.), le juge Martin a convenu que la jurisprudence anglaise avait confirmé l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de refuser la tenue d'un tel contre-interrogatoire nonobstant le fait qu'en se défendant l'accusé avait agité de manière à entraîner l'application de cet alinéa, s'exposant ainsi, à première vue, à ce genre de questions. Toutefois, il n'a pas jugé cette jurisprudence convaincante étant donné qu'elle portait sur l'interprétation de dispositions législatives tout à fait différentes (p. 463). Soulignons entre parenthèses que le juge Seaton de la Cour d'appel semble ne pas avoir tenu compte de cette jurisprudence lorsqu'il a déclaré que, si on avait pu en l'espèce suivre la pratique anglaise, il aurait été possible de procéder à un contre-interrogatoire relativement à la déclaration de culpabilité de meurtre.

L'arrêt *Selvey* établit clairement que le pouvoir discrétionnaire exercé en vertu de l'al. 1f) de la loi anglaise revêt un caractère général et qu'il continue d'exister tout à fait indépendamment de cette disposition. Lord Hodson fait remarquer, à la p. 346:

[TRADUCTION] L'intimé, par contre, a fait valoir devant vos Seigneuries que le juge du procès n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou d'écarter des éléments de preuve. Le texte de l'article est clair et il précise les circonstances dans lesquelles l'accusé jette son bouclier. Dans ces circonstances il n'est plus protégé et la Loi prévoit clairement qu'il peut être interrogé au sujet de ses antécédents judiciaires. Quand donc, demande-t-il, peut-il y avoir exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour empêcher que cela ne se fasse? Il y a

such a discretion to be exercised under this subsection. In the second place, what is I think more significant, there is abundant authority that in criminal cases there is a discretion to exclude evidence, admissible in law, of which the prejudicial effect against the accused outweighs its probative value in the opinion of the trial judge. [Emphasis added.]

(See also pp. 339-42 *per* Viscount Dilhorne, and pp. 351-52 *per* Lord Guest.) Indeed, it is clear from s. 1(f) itself that the question of a conferral of discretion could never have arisen in the context of that provision which, *ex facie*, is written in terms suggesting that such questioning is absolutely permissible once the statutory preconditions have been met. (See *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402 (H.L.), at p. 447, *per* Lord Fraser.)

As I see it, then, the appropriate questions to be considered are not whether there is anything in the statute that creates a discretion, but rather (1) whether, as in England, Canadian trial judges are seized of this general discretion, and (2) if so, whether the section extinguishes or otherwise precludes its exercise.

With respect to the latter question, even though, as Martin J.A. holds, the word "may" allows for a prosecutorial discretion to put such questions, this, as I see it, does not end the matter. In my view, since a discretion to exclude otherwise relevant and admissible evidence exists at common law, the fact that the statute makes such evidence admissible in no way requires its reception in evidence.

Martin J.A. himself in *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82, reached the conclusion that such a discretionary right to exclude existed with respect to s. 643 of the *Criminal Code*, which is framed in terms similar to s. 12. Section 643 provides that where certain conditions are met, the evidence of a

deux réponses à cette question. Tout d'abord, une longue série de décisions appuie le point de vue selon lequel on peut exercer un tel pouvoir discrétionnaire en vertu de cet alinéa. En deuxième lieu, et cela est plus important d'après moi, il existe une jurisprudence abondante établissant que, dans des affaires criminelles, il y a un pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve qui sont admissibles en droit, mais dont l'effet préjudiciable qu'ils ont pour l'accusé l'emporte, de l'avis du juge du procès, sur sa valeur probante. [Je souligne.]

(Voir en outre les motifs du vicomte Dilhorne aux pp. 339 à 342, et ceux de lord Guest aux pp. 351 et 352.) D'ailleurs, il ressort nettement du texte même de l'al. 1f) que la question de l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire n'aurait jamais pu se poser dans le contexte de cette disposition qui, comme on le constate en la lisant, est rédigée en des termes qui laissent entendre que ce genre d'interrogatoire est parfaitement acceptable une fois remplies les conditions préalables établies par la Loi. (Voir *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402 (H.L.), à la p. 447, lord Fraser.)

Alors, si je comprends bien, les questions qu'il faut examiner sont non pas de savoir s'il y a quelque chose dans la Loi qui crée un pouvoir discrétionnaire, mais plutôt de savoir (1) si, comme en Angleterre, les juges du procès au Canada détiennent ce pouvoir discrétionnaire général et (2), dans l'affirmative, si l'article en cause supprime ce pouvoir ou de quelque autre manière en empêche l'exercice.

Pour ce qui est de cette dernière question, même si, comme l'a dit le juge Martin, le mot «peut» accorde un pouvoir discrétionnaire à la poursuite pour poser ce genre de questions, ceci, à mon sens, ne règle pas la question. J'estime que, puisqu'il existe en *common law* un pouvoir discrétionnaire d'exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents et admissibles, le fait que la loi en cause rend admissible ces éléments de preuve n'emporte nullement obligation de les admettre en preuve.

Dans l'arrêt *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82, le juge Martin lui-même est arrivé à la conclusion qu'un tel pouvoir discrétionnaire d'exclure existait relativement à l'art. 643 du *Code criminel*, dont les termes ressemblent à ceux de l'art. 12. L'article 643 prévoit que, lorsque certai-



“person whose evidence . . . was taken . . . upon the preliminary inquiry into the charge . . . may be read as evidence in the proceedings . . .” (emphasis added). While concluding that the word “may” did not confer a discretion on the trial judge to exclude the evidence made statutorily admissible, he specifically recognized that a general residuary discretion continued to operate. At page 89, he stated:

We are all of the opinion that when the conditions set out in s. 643 have been established that evidence taken at the preliminary hearing in the presence of the accused is admissible upon the application of either the prosecution or the defence and that the trial Judge has no discretion to exclude such evidence if it is otherwise relevant and admissible, subject, of course, to the limited discretion recognized in *The Queen v. Wray, supra.* [Emphasis added.]

In my respectful view, the minor change in phraseology in ss. 12 and 643 does not call for a different result.

A further point deserves mention. In *Stratton*, Martin J.A. relied upon the somewhat cryptic language in this Court’s decision in *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169, which could be looked upon as supporting his position. That case is not mentioned in *Tretter*. At all events, I am satisfied that *Leforte* cannot be regarded as authority for the proposition that no discretion subsists under s. 12. This Court was there simply affirming the dissenting opinion of Sheppard J.A. of the British Columbia Court of Appeal, in which the issue of discretion was not directly addressed, Sheppard J.A. being of the opinion that the evidence of the accused’s guilt was, in any case, overwhelming. The Court briefly noted, at p. 170:

We are in complete agreement with the reasons of Sheppard J.A., except that it is unnecessary for us to deal with his finding that there had been no substantial wrong or miscarriage. It might be added, however, that on the point as to the admissibility of previous convictions of the respondent the decisions relied upon in the reasons of the majority of the Court of Appeal and

nes conditions sont remplies, la déposition d’une «personne qui a rendu témoignage [...] lors de l’enquête préliminaire sur l’inculpation [...] peut être lu[e] à titre de preuve dans les procédures . . .» (je souligne). Tout en concluant que le mot «peut» ne conférerait pas au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d’écarter la preuve rendue admissible aux termes de la loi en cause, il a expressément reconnu qu’un pouvoir discrétionnaire général résiduel continuait d’exister. À la page 89, il affirme:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d’avis que, dans un cas où l’on prouve que les conditions posées par l’art. 643 ont été remplies, la preuve recueillie au cours de l’enquête préliminaire en présence de l’accusé est admissible à la demande soit de la poursuite, soit de la défense, et que le juge du procès ne jouit d’aucun pouvoir discrétionnaire d’exclure cette preuve si elle est par ailleurs pertinente et admissible, sous réserve évidemment du pouvoir discrétionnaire limité reconnu dans l’arrêt *La Reine c. Wray*, précité. [Je souligne.]

À mon avis, le changement mineur que l’on constate dans la phraséologie des art. 12 et 643 ne commande pas un résultat différent.

Un autre point mérite d’être mentionné. Dans l’arrêt *Stratton*, le juge Martin s’est fondé sur le langage quelque peu énigmatique de l’arrêt de cette Cour *R. v. Leforte* (1961), 131 C.C.C. 169, qui pouvait être considéré comme appuyant sa position. Cette affaire n’est pas mentionnée dans *Tretter*. En tout état de cause, je suis convaincu que l’arrêt *Leforte* ne peut être considéré comme justifiant la proposition selon laquelle l’art. 12 vient supprimer tout pouvoir discrétionnaire. Dans cet arrêt, la Cour a simplement confirmé l’opinion dissidente du juge Sheppard de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, qui n’avait pas directement abordé la question du pouvoir discrétionnaire étant donné qu’il jugeait que la preuve de la culpabilité de l’accusé était de toute façon écrasante. La Cour fait observer brièvement, à la p. 170:

[TRADUCTION] Nous souscrivons entièrement aux motifs du juge Sheppard, sous cette seule réserve que nous n’avons pas à nous pencher sur sa conclusion qu’il n’y a eu ni préjudice ni déni de justice graves. Cependant, on pourrait ajouter qu’en ce qui concerne l’admissibilité en preuve des condamnations antérieures de l’intimé, les décisions sur lesquelles s’est fondée la Cour

referred to in argument before us are based upon a provision different from s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1952, c. 307.

Presumably, the Court was there referring to the English cases under s. 1(f) of the *Criminal Evidence Act*, 1898. I do not think, however, that the issue was either squarely addressed or decided by this Court in that case.

Indeed, in *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405, this Court seems to have considered the matter open. In that case, the principal issue was whether the accused could be questioned on his record as a juvenile delinquent. Pratte J. stated, at pp. 433-34:

It is true that there is a theory according to which the trial judge would, under s. 12(1), enjoy a discretion under which he could disallow questions about previous convictions that, in his considered opinion, would have no relevancy to the veracity character of the witness and would therefore not assist the jury in assessing his credibility, or possibly would have a probative value as to the credibility of the witness that would be vastly outweighed by the prejudice that it would raise against him: *R. v. McLean* (1940), 73 C.C.C. 310; see also Phipson, 12th ed., Nos. 1601 & 1605; *R. v. Sweet-Escott* (1971), 55 C.A.R. 316.

I need not express my opinion as to the merit of this theory; it is sufficient to say that even if the trial judge has a discretion under which he may disallow questions about previous convictions, such discretion, whatever its scope, ought not, in my view, to be exercised so as to forbid cross-examination which is aimed at eliciting from the witness some admissions that would tend to establish the lack of veracity of some portions of his examination-in-chief.

I am aware that the view that a discretion to exclude exists may lead to some practical problems. Thus, Martin J.A. in *Stratton*, *supra*, at p. 467, feared that "in the absence of acceptable guidelines, the recognition of such a discretion would result in a lack of uniformity in its application which would not be consistent with the proper administration of justice". In this regard, he drew attention to the difficulty of cataloguing convictions for certain kinds of criminal misconduct on the basis of greater or lesser relevance in assessing

d'appel à la majorité dans ses motifs et qui ont été invoquées au cours des débats devant nous, reposent sur une disposition différente de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, chap. 307.

<sup>a</sup> Selon toute vraisemblance, la Cour faisait alors allusion à la jurisprudence anglaise fondée sur l'al. 1f) de la *Criminal Evidence Act*, 1898. Cependant, je ne crois pas que la Cour, dans cet arrêt, a directement abordé ou tranché la question.

En fait, dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405, la Cour semble avoir jugé que la question demeurait entière. Dans cette affaire, il s'agissait principalement de déterminer si l'accusé pouvait être interrogé sur son casier judiciaire de jeune délinquant. Le juge Pratte affirme aux pp. 433 et 434:

<sup>d</sup> Il est vrai qu'il existe une théorie selon laquelle, aux termes du par. 12(1), le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire de rejeter les questions relatives aux condamnations antérieures qui, à son avis, n'ont aucun rapport avec la crédibilité du témoin et n'aideront donc pas le jury à l'évaluer ou dont la valeur probante quant à la crédibilité du témoin serait largement dépassée par le préjudice qu'il subirait: *R. v. McLean* (1940), 73 C.C.C. 310; voir également Phipson, 12<sup>e</sup> éd., nos 1601 et 1605; *R. v. Sweet-Escott* (1971), 55 C.A.R. 316.

<sup>g</sup> Je n'ai pas besoin de me prononcer sur le bien-fondé de cette théorie; il suffit de dire que même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de rejeter les questions relatives aux condamnations antérieures, ce pouvoir discrétionnaire, quelle que soit sa portée, ne doit pas, à mon avis, être exercé de façon à interdire un contre-interrogatoire dont le but est d'obtenir du témoin des aveux qui tendraient à établir la fausseté d'une partie de son interrogatoire principal.

<sup>h</sup> Je suis conscient que le point de vue qu'il existe un pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion peut susciter certaines difficultés pratiques. Ainsi, le juge Martin, à la p. 467 de l'arrêt *Stratton*, précité, exprime la crainte que [TRADUCTION] «en l'absence de lignes directrices acceptables, la reconnaissance d'un tel pouvoir discrétionnaire entraînerait un manque d'uniformité dans son application, ce qui serait incompatible avec la bonne administration de la justice». À ce propos, il souligne la difficulté qu'il y a à classer les condam-

testimonial reliability. This, in his view, militated against any interpretation that would cut down the ambit of the words "any offence" in s. 12. As I stated earlier, however, this Court has since noted that such concerns go to weight rather than admissibility. Apart from this, I respectfully do not share the concern that such a discretion would lead to an intolerable lack of uniformity inconsistent with the proper administration of justice. That has not been the experience in other common law jurisdictions. Besides, the prevailing interpretation of s. 12 itself fosters lack of uniformity in that it tends to deter accused persons with previous convictions from testifying. It can also lead to injustice. In any event, I cannot accept that the certainty of injustice is more desirable than the exercise of a considered discretion based on judicial guidelines which favours exclusion where injustice could otherwise arise.

### The Nature of the Discretion

I turn now to a consideration of the nature and scope of the discretion. In considering this question, it is necessary to refer to the decision of this Court in *Wray*, *supra*, the case most often cited in support of the existence of this discretion.

The facts of *Wray* are somewhat notorious and do not bear repetition here. What is important for present purposes is to note that what the accused there sought was the exclusion of relevant, admissible evidence on the basis that the evidence had been unfairly obtained and, therefore, that its admission into evidence would bring the administration of justice into disrepute. The specific holding in *Wray*, *per* Martland J. for the majority (Fauteux, Abbott, Ritchie and Pigeon JJ. concurring), was that no such discretion existed (p. 287). Martland J. went on, however, to recognize that there was a discretion to exclude evidence which, if admitted, could prevent the accused from receiving

nations pour certains types d'actes criminels en fonction de leur pertinence plus ou moins grande en ce qui concerne l'évaluation de la crédibilité d'un témoin. Voilà qui, selon le juge Martin, milite a contre toute interprétation tendant à restreindre la portée de l'expression «quelque infraction» figurant à l'art. 12. Toutefois, comme je l'ai déjà fait remarquer, cette Cour a depuis fait observer que ces craintes concernent la valeur probante de la b preuve plutôt que son admissibilité. En outre, je ne partage pas la crainte qu'un tel pouvoir discrétionnaire entraînerait un manque d'uniformité intolérable qui serait incompatible avec la bonne administration de la justice. Cela ne s'est pas produit c dans d'autres ressorts de *common law*. D'autre part, l'interprétation couramment admise de l'art. 12 favorise elle-même le manque d'uniformité dans la mesure où elle tend à dissuader de témoigner les d accusés ayant des condamnations antérieures. Il peut également en résulter une injustice. En tout état de cause, je ne puis accepter que la certitude d'une injustice est préférable à l'exercice judicieux, fondé sur des principes directeurs établis par les e tribunaux, d'un pouvoir discrétionnaire qui favorise l'exclusion lorsqu'il pourrait autrement y avoir injustice.

### La nature du pouvoir discrétionnaire

f Passons maintenant à l'examen de la nature et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire. À cette fin, il est nécessaire de se référer à l'arrêt *Wray*, précité, de cette Cour qui est celui qu'on cite le plus souvent à l'appui de l'existence de ce pouvoir g discrétionnaire.

La notoriété des faits de l'affaire *Wray* nous dispense d'avoir à les répéter ici. Ce qui importe h aux fins de l'espèce c'est de souligner que l'accusé dans cette affaire demandait qu'une preuve pertinente et admissible soit exclue pour le motif qu'elle avait été obtenue de manière inéquitable et que, par conséquent, son admission en preuve serait de i nature à discréditer l'administration de la justice. Dans l'arrêt *Wray*, le juge Martland, s'exprimant au nom de la majorité (les juges Fauteux, Abbott, Ritchie et Pigeon souscrivant à son avis), a expressément conclu à l'absence de tout pouvoir discrétionnaire de ce genre (p. 287). Le juge Martland a cependant reconnu qu'il y avait un pouvoir discrét-

a fair trial. Speaking of a dictum of Lord Goddard C.J. in the Privy Council case of *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (itself apparently grounded in *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.)), he stated, at p. 293:

It recognized a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused. Even if this statement be accepted, in the way in which it is phrased, the exercise of a discretion by the trial judge arises only if the admission of the evidence would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling, which can be said to operate unfairly.

And, at p. 295, he concluded:

In my opinion, the recognition of a discretion to exclude admissible evidence, beyond the limited scope recognized in the *Noor Mohamed* case, is not warranted by authority, and would be undesirable. The admission of relevant admissible evidence of probative value should not be prevented, except within the very limited sphere recognized in that case.

As Judson J. observed, however, the comments respecting the latter type of discretion were, strictly speaking, *obiter dicta* (at p. 297):

It is now being suggested that this evidence should be excluded even though it is relevant and admissible and of great probative value on the ground that its reception would operate unfairly against the accused and, according to the Court of Appeal, bring the administration of justice into disrepute. I am not concerned at this stage with the exclusion of evidence which is admissible and relevant but of such slight probative value that it should be rejected because of its prejudicial tendency in the eyes of the jury. There are plenty of *dicta* to this effect: *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*; *Stirland v. Director of Public Prosecutions*; *R. v. Cook*; *Noor Mohamed v. The King*.

tionnaire d'écarter des éléments de preuve qui, s'ils étaient admis, pourraient empêcher l'accusé de subir un procès équitable. Se référant à une opinion incidente exprimée par le lord juge en chef Goddard dans l'arrêt du Conseil privé *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (opinion apparemment fondée elle-même sur l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.)), il affirme, à la p. 293:

Il reconnaît un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Même si l'on accepte cet énoncé, de la façon dont il est formulé, il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

Puis il conclut, à la p. 295:

À mon avis, la jurisprudence ne justifie pas la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve recevable, sauf dans la mesure restreinte acceptée dans l'affaire *Noor Mohamed*, et il ne serait pas opportun d'aller au-delà. Il ne faut pas empêcher la réception d'une preuve pertinente, recevable et probante, sauf dans le cadre très restreint accepté dans cette affaire-là.

Comme l'a toutefois fait remarquer le juge Judson, les observations concernant ce dernier type de pouvoir discrétionnaire étaient, à proprement parler, des opinions incidentes (à la p. 297):

On prétend ici qu'il faudrait écarter cette preuve, bien qu'elle soit pertinente, recevable et très probante, parce que la recevoir serait inéquitable envers l'accusé et, d'après la Cour d'appel, discréditerait l'administration de la justice. Je ne parle pas ici d'écarter une preuve recevable et pertinente, mais dont la valeur probante est si faible qu'il faut l'écarter à cause de sa tendance préjudiciable à l'égard du jury. De nombreux jugements vont dans ce sens: *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*; *Stirland v. Director of Public Prosecutions*; *R. v. Cook*; *Noor Mohamed v. The King*.

The principle is also stated in 7 C.E.D., 2nd ed., p. 105, that matters of slight probative value may be excluded in the discretion of the judge when likely to cause undue prejudice, unfair surprise or confusion of issues. This principle, I repeat, is not in issue in this appeal.

Indeed, the exercise of discretion in the two situations described above implicate quite different concerns. This was recognized by other members of the Court in *Wray, supra* (at pp. 288, 295, *per* Martland J., and p. 282, *per* Cartwright C.J. dissenting); see also *R. v. Sang, supra*; Weinberg, "The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence" (1975), 21 *McGill L.J.* 1, at pp. 25-26. It is the latter type of discretion that concerns us in the present case.

While the above quoted comments of Martland J. respecting the discretion recognized in *Noor Mohamed, supra*, were, as I have noted, strictly speaking *obiter dicta*, they have nevertheless been accepted as binding and frequently applied by lower courts, thus clearly confirming that the discretion exists in Canada.

Less settled, however, is the precise relationship that must exist between the potential prejudice and probative value of the evidence sought to be excluded in order to successfully trigger the exercise of this discretion. The prevalent reading of *Wray, supra*, that the lower courts have, albeit reluctantly, adopted is that the discretion is a very circumscribed one, exercisable only when the probative value of the evidence is "trifling" and its prejudicial potential great. In some respects, therefore, the words of Martland J. have taken on the fixity of a 'test' which, once the elements thereof are met, results in exclusion. It seems to me that one could scarcely designate this inquiry the exercise of a discretion. However, in the 1983 *Morris* case, *supra*, Lamer J. pointed out that what was contemplated was a balancing of factors, rather than an elemental test. He noted, however, that

Il est également dit, dans 7 C.E.D. 2<sup>e</sup> édition, page 105, que le juge peut, à sa discrétion, écarter des éléments de preuve de faible valeur s'ils sont susceptibles de porter préjudice indu, de prendre par surprise ou d'embrouiller le litige. Ce principe, je le répète, n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

En fait, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les deux situations décrites ci-dessus implique des préoccupations tout à fait différentes. Cela a été reconnu par d'autres membres de la Cour dans l'arrêt *Wray*, précité (aux pp. 288, 295, motifs du juge Martland, et à la p. 282, motifs du juge en chef Cartwright, dissident); voir aussi: *R. v. Sang*, précité, Weinberg, «The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence» (1975), 21 *McGill L.J.* 1, aux pp. 25 et 26. C'est ce dernier type de pouvoir discrétionnaire qui nous intéresse en l'espèce.

Quoique, comme je l'ai fait remarquer, les observations déjà citées du juge Martland concernant le pouvoir discrétionnaire reconnu dans l'arrêt *Noor Mohamed*, précité, constituent strictement des opinions incidentes, elles ont néanmoins été considérées comme péremptoires et ont souvent été appliquées par des tribunaux d'instance inférieure, ce qui confirme clairement l'existence de ce pouvoir discrétionnaire au Canada.

Il y a toutefois moins de certitude quant à la nature précise du rapport qui doit exister entre le préjudice éventuel et la valeur probante de la preuve dont on cherche à obtenir l'exclusion, pour entraîner l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'interprétation prédominante de l'arrêt *Wray*, précité, qu'ont adoptée, bien qu'à contrecoeur, les tribunaux d'instance inférieure, porte qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire de portée fort restreinte qui ne peut s'exercer que lorsque la valeur probante de la preuve est «insignifiante» et que les risques de préjudice sont grands. À certains égards donc, les propos du juge Martland ont acquis toute la rigidité d'un «critère» qui, une fois ses conditions remplies, emporte l'exclusion. À mon sens, on ne saurait guère prétendre que cet examen constitue l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, dans l'affaire *Morris de 1983*, précitée, le juge Lamer souligne que ce qui était envisagé c'était une comparaison de facteurs plutôt qu'un critère

the scope of the discretion was unclear. As he put it, at p. 202:

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (e.g., identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other. The degree of probative value required to overcome the exclusionary rule is presently the object of some disagreement and the law is as a result somewhat unclear. We do not need consider this aspect of the rule at any length as the facts of this case do not bring us within the exception. [Emphasis added.]

One of the reasons for the law's present lack of clarity is that the circumscribed discretion found to exist by the Privy Council in *Noor Mohamed*, *supra*, and relied on by this Court in *Wray*, *supra*, has subsequently been greatly relaxed from the restrictive terms in which it was there described. It is now accepted in England that a trial judge has a discretion to weigh considerations of probative value and prejudice and to exclude evidence not only if its probative weight is "trifling" but whenever its "prejudicial effect would be "out of proportion to its true evidential value"" (*R. v. Sang*, *supra*, per Lord Fraser — approving of this formulation in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), at p. 707 — at pp. 446-47; see also, at pp. 433-34, per Lord Diplock; at pp. 438-39, per Viscount Dilhorne; and, at p. 445, per Lord Salmon).

Like Lamer J. in the 1983 *Morris* case, *supra*, I regard this question as open. However, for reasons that will appear, I need and ought not address it here given the particular facts of this case, and the fact that the issue was not argued before us. The fact that the question has a *Charter* dimension does not alter the matter because the common law discretion is ultimately grounded in the principle that the accused is entitled to a fair trial (see the passages quoted earlier from *Wray*, *supra*, at p. 293 and *Powell*, *supra*, at p. 119), which is pre-

absolu. Il souligne néanmoins l'incertitude qui règne quant à l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire. Comme il l'affirme, à la p. 202:

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir. Le degré de valeur probante requis pour surmonter la règle d'exclusion fait actuellement l'objet d'un désaccord et le droit est donc quelque peu incertain. Point n'est besoin de nous attarder sur cet aspect de la règle, puisque l'exception ne s'applique pas aux faits en l'espèce. [Je souligne.]

Si le droit manque de clarté à l'heure actuelle, cela tient notamment à l'assouplissement marqué des termes restrictifs employés pour décrire le pouvoir discrétionnaire limité dont le Conseil privé a conclu à l'existence dans l'arrêt *Noor Mohamed*, précité, et sur lequel cette Cour s'est fondée dans l'arrêt *Wray*, précité. On accepte maintenant en Angleterre qu'un juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de soupeser les considérations de valeur probante et de préjudice pour écarter un élément de preuve non seulement si sa valeur probante est «insignifiante», mais aussi dans tous les cas où son [TRADUCTION] «effet préjudiciable serait «disproportionné à sa valeur probante réelle» (*R. v. Sang*, précité, lord Fraser — approuvant cette formulation employée dans l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), à la p. 707 — aux pp. 446 et 447; voir en outre, aux pp. 433 et 434, lord Diplock; aux pp. 438 et 439, le vicomte Dilhorne; et à la p. 445, lord Salmon).

À l'instar du juge Lamer dans l'affaire *Morris de 1983*, précitée, j'estime que cette question demeure entière. Toutefois, pour les raisons que je vais exposer, compte tenu des faits particuliers de la présente espèce et de ce que la question n'a pas été débattue devant nous, il ne m'est pas nécessaire de l'aborder ici et je devrais même éviter de le faire. Le fait que la question relève, sous un certain aspect, de la *Charte* ne change rien, car le pouvoir discrétionnaire découlant de la *common law* repose, en dernière analyse, sur le principe

cisely what is required by the *Charter*. Accordingly whether one accepts the narrow or broader version of the discretion is a function of what one thinks is required to give effect to that principle. For present purposes, therefore, it is sufficient simply to recognize that the discretion to exclude exists.

### Factors to Be Considered

The final question to be considered relates to the factors to which regard might usefully be had respecting the exercise of this discretion in the present context. In discussing this matter, I shall have occasion to refer to the experience in the United Kingdom and the United States, for while the statutory provisions regulating the admission of evidence of previous convictions in those countries are very different from s. 12, many of the guidelines developed there are nonetheless instructive.

It is impossible to provide an exhaustive catalogue of the factors that are relevant in assessing the probative value or potential prejudice of such evidence, but among the most important are the nature of the previous conviction and its remoteness or nearness to the present charge.

Clearly, the probative value and prejudicial effect of a previous conviction are directly affected by the nature of that conviction. As the Court of Appeals, D.C. Circuit, stated, in *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967), at p. 940:

In considering how the District Court is to exercise the discretionary power we granted, we must look to the legitimate purpose of impeachment which is, of course, not to show that the accused who takes the stand is a "bad" person but rather to show background facts which bear directly on whether jurors ought to believe him rather than other and conflicting witnesses. In common human experience acts of deceit, fraud, cheating, or stealing, for example, are universally regarded as con-

selon lequel l'accusé a droit à un procès équitable (voir les passages reproduits antérieurement tirés de l'arrêt *Wray*, précité, à la p. 293, et de l'arrêt *Powell*, précité, à la p. 119), ce qui est précisément l'exigence posée par la *Charte*. Par conséquent, la réponse donnée à la question de savoir si l'on retiendra l'interprétation restrictive ou l'interprétation large du pouvoir discrétionnaire va dépendre de ce qu'on juge nécessaire pour appliquer ce principe. Il suffit donc simplement, aux fins de la présente affaire, de reconnaître l'existence du pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion.

### Les facteurs à prendre en considération

La dernière question à étudier se rapporte aux facteurs dont il pourrait être utile de tenir compte relativement à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire dans le présent contexte. En examinant ce point, je traiterai de l'expérience du Royaume-Uni et des États-Unis car, bien que leurs dispositions législatives régissant l'admission en preuve de condamnations antérieures diffèrent nettement de l'art. 12, un bon nombre des principes directeurs établis dans ces pays se révèlent tout de même instructifs.

Il est impossible de dresser une liste exhaustive des facteurs qui sont pertinents pour déterminer la valeur probante d'une telle preuve ou le risque de préjudice qu'elle peut présenter, mais parmi les plus importants figurent la nature de la condamnation antérieure et son degré de proximité par rapport à la présente accusation.

De toute évidence, la valeur probante et l'effet préjudiciable d'une condamnation antérieure dépendent directement de la nature de cette condamnation. Comme l'a dit la Court of Appeals, circuit du district de Columbia, dans l'arrêt *Gordon v. United States*, 383 F.2d 936 (1967), à la p. 940:

[TRADUCTION] En examinant de quelle façon la cour de district doit exercer le pouvoir discrétionnaire par nous conféré, nous devons tenir compte de l'objectif légitime de toute tentative d'attaquer la crédibilité, qui est, bien entendu, non pas de montrer que l'accusé qui est à la barre est une «mauvaise» personne, mais plutôt d'établir l'existence d'antécédents qui influent directement sur la question de savoir si les jurés devraient ajouter foi à son témoignage plutôt qu'aux dépositions

duct which reflects adversely on a man's honesty and integrity. Acts of violence on the other hand, which may result from a short temper, a combative nature, extreme provocation, or other causes, generally have little or no direct bearing on honesty and veracity.

See also *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126 (C.C.A.), at p. 129; cf. *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165 (C.C.A.), at pp. 171-72.

Clearly, too, the more similar the offence to which the previous conviction relates to the conduct for which the accused is on trial, the greater the prejudice harboured by its admission. I agree fully with the opinion of the court in *Gordon*, *supra*, at p. 940, that:

A special and even more difficult problem arises when the prior conviction is for the same or substantially the same conduct for which the accused is on trial. Where multiple convictions of various kinds can be shown, strong reasons arise for excluding those which are for the same crime because of the inevitable pressure on lay jurors to believe that "if he did it before he probably did so this time". As a general guide, those convictions which are for the same crime should be admitted sparingly; one solution might well be that discretion be exercised to limit the impeachment by way of a similar crime to a single conviction and then only when the circumstances indicate strong reasons for disclosure, and where the conviction directly relates to veracity. [Emphasis added.]

See also, in the United Kingdom, *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, at p. 321; *R. v. Watts*, *supra*; but cf. *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156 (C.C.A.), at p. 164; *Powell* (C.C.A.), *supra*.

I think that a court should be very chary of admitting evidence of a previous conviction for a similar crime, especially when the rationale for the

contraires d'autres témoins. L'expérience humaine de tous les jours révèle que les actes de tromperie, de fraude, de tricherie ou de vol, par exemple, sont universellement considérés comme indiquant un manque d'honnêteté et d'intégrité. Les actes de violence, par contre, qui peuvent résulter d'un caractère irascible, d'une humeur combative, d'une extrême provocation ou d'autres causes, ont généralement peu ou point de répercussions directes sur l'honnêteté et la véracité.

Voir aussi *R. v. Watts* (1983), 77 Cr. App. R. 126 (C.C.A.), à la p. 129; cf. *R. v. Powell* (1985), 82 Cr. App. R. 165 (C.C.A.), aux pp. 171 et 172.

Il est clair en outre que plus l'infraction qui a donné lieu à la condamnation antérieure ressemble à la conduite pour laquelle l'accusé subit son procès, plus le préjudice résultant de son admission en preuve risque d'être grand. Je partage entièrement l'opinion exprimée par la cour dans l'arrêt *Gordon*, précité, à la p. 940, savoir:

[TRANSDUCTION] Un problème particulier et encore plus épineux se pose lorsque la condamnation antérieure porte sur la même ou essentiellement la même conduite que celle pour laquelle l'accusé subit son procès. Lorsqu'il est possible de prouver l'existence de plusieurs condamnations de différentes sortes, il y a alors de bonnes raisons d'écarter celles qui ont été imposées pour le même crime du fait que les jurés, tout profanes qu'ils sont, seront inévitablement portés à croire que «il l'a déjà fait dans le passé, il l'a probablement fait cette fois-ci». En règle générale, les condamnations pour le même crime ne devraient être admises en preuve qu'avec modération; une solution possible serait d'exercer le pouvoir discrétionnaire de manière à ne permettre d'invoquer qu'une seule condamnation pour attaquer la crédibilité au moyen d'une preuve de crimes similaires et, même encore là, seulement lorsque, d'après les circonstances, il existe de bonnes raisons de permettre la divulgation et lorsque la condamnation se rapporte directement à la véracité. [Je souligne.]

Voir en outre les arrêts britanniques *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, précité, à la p. 321; *R. v. Watts*, précité; mais cf. *R. v. Burke* (1985), 82 Cr. App. R. 156 (C.C.A.), à la p. 164; *Powell* (C.C.A.), précité.

J'estime qu'un tribunal devrait se montrer fort réticent à admettre la preuve d'une condamnation antérieure pour un crime similaire, surtout quand



stringent test for admitting "similar fact" evidence is kept in mind.

The remoteness or nearness of the previous conviction is also, as the court in *Gordon, supra*, stated, "a factor of no small importance" (p. 940). Combined with this factor are the circumstances of the accused. As the court in that case put it, at p. 940:

Even [a conviction] involving fraud or stealing, for example, if it occurred long before and has been followed by a legally blameless life, should generally be excluded on the ground of remoteness.

One further, and to my mind, problematic factor that often surfaces in the case-law of both countries (as it does in the present case) is whether it is fair not only to the accused but to the prosecution to prohibit cross-examination respecting previous convictions, especially when a deliberate attack has been made upon the credibility of a Crown witness and where the resolution of the case boils down to a credibility contest between the accused and that witness; this issue has arisen in *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1 (C.C.A.), at p. 15; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138 (C.C.A.), at p. 143; *Powell* (C.C.A.), *supra*, at pp. 171-72; *Burke, supra*, at p. 161. In considering the English cases, however, it should be noted that s. 1(f) of the *Criminal Evidence Act*, 1898, specifically provides (subject, as we saw, to the overriding discretion to exclude) that an accused's shield from cross-examination is lost when he casts aspersions on the character of the prosecutor or his witness, so emphasis on this factor is perhaps particularly justifiable.

The rationale for permitting cross-examination in such circumstances clearly is that the jury ought to have before it the record of the person attacking the credibility of the Crown witness' character in order to determine whether he is any more worthy of belief than the person attacked. In the Ameri-

on songe à la raison d'être du critère rigoureux à remplir pour que soit admise une preuve de «faits similaires».

a Le degré de proximité de la condamnation antérieure constitue également, comme l'a dit la cour dans l'arrêt *Gordon*, précité, [TRADUCTION] «un facteur non négligeable» (p. 940). Vient s'ajouter à ce facteur la situation de l'accusé. Comme l'affirme la cour dans cette affaire, à la p. 940:

[TRADUCTION] Même [une condamnation] pour fraude ou vol, par exemple, si elle est survenue longtemps auparavant et si elle a été suivie d'une vie légalement irréprochable, devrait généralement être écartée en raison du faible degré de proximité.

Un autre facteur, problématique à mon sens, qui surgit souvent dans la jurisprudence des deux pays (comme c'est le cas d'ailleurs en l'espèce) est la question de savoir s'il est juste non seulement pour l'accusé mais pour la poursuite d'interdire tout contre-interrogatoire relatif aux condamnations antérieures, surtout dans un cas où la crédibilité d'un témoin à charge a été délibérément attaquée et où la résolution du litige dépend essentiellement d'un concours de crédibilité entre l'accusé et ledit témoin. Or, cette question a déjà été soulevée dans les arrêts *R. v. Jenkins* (1945), 31 Cr. App. R. 1 (C.C.A.), à la p. 15; *R. v. Cook* (1959), 43 Cr. App. R. 138 (C.C.A.), à la p. 143; *Powell* (C.C.A.), précité, aux pp. 171 et 172; *Burke*, précité, à la p. 161. En ce qui concerne la jurisprudence anglaise, toutefois, il convient de faire remarquer que l'al. 1f) de la *Criminal Evidence Act*, 1898, porte expressément (sous réserve, comme nous l'avons vu, du pouvoir discrétionnaire prépondérant de prononcer l'exclusion) que, du moment qu'il met en doute la bonne moralité du poursuivant ou de son témoin, un accusé n'est plus à l'abri du contre-interrogatoire; il est peut-être alors particulièrement justifiable que l'accent soit mis sur ce facteur.

La raison pour laquelle il est permis de procéder à un contre-interrogatoire dans de telles circonstances est maintenant que les jurés devraient être informés des antécédents de la personne qui attaque la crédibilité du témoin à charge, afin de pouvoir déterminer si cette personne mérite davan-

can context, the court in *Gordon, supra*, expressed the matter thus, at p. 941:

Even though we need not go beyond Appellant's failure to raise the issue he now relies on, we note that the admission of Appellant's criminal record here, along with the criminal record of the complaining witness, was not in a vindictive or "eye for an eye" sense, as Appellant argues. Rather it was received because the case had narrowed to the credibility of two persons — the accused and his accuser — and in those circumstances there was greater, not less, compelling reason for exploring all avenues which would shed light on which of the two witnesses was to be believed.

That this matter is not free from controversy, however, is clear from the following comments of the trial judge in *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (W.D.N.Y. 1976), at p. 892:

I consider the considerations set forth in *United States v. Jackson* [405 F. Supp. 938 (E.D.N.Y. 1975)] to be astray . . . *Jackson* was said to be a case wherein the Government had substantial proof against the defendant and was not one in which the outcome was going to depend upon a one-on-one testimony with credibility being the big factor. The court implied that, if it were the latter, he would tend to admit the evidence of the earlier criminal conviction.

I consider this analysis of the quantum of prejudice erroneous. The reverse should be true. If the Government has a good case against a defendant, the admission of evidence of earlier convictions would tend to be "harmless error" and consequently non-prejudicial. If, on the other hand, the case were going to be determined quite substantially on the credibility of the defendant-witness, admissions of earlier convictions would be highly prejudicial. In *Jackson* the court is saying that, with substantial evidence on its side of the case, the Government is not going to be detrimented [*sic*] by having this piece of evidence kept out of the case. This seems not at all the criterion of which Rule 609(a) speaks.

My own view is that there may be cases where the interests of not presenting a distorted picture to the jury might require permitting such cross-examination, but I do not think this factor can

tage d'être crue que la personne dont la crédibilité a été mise en doute. Dans le contexte américain, la cour dans l'affaire *Gordon*, précitée, énonce ainsi la question, à la p. 941:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Bien que nous n'ayons pas à chercher plus loin que l'omission de l'appelant de soulever la question qu'il invoque maintenant, soulignons que, contrairement à ce que prétend l'appelant, l'admission en preuve de son casier judiciaire et de celui du témoin <sup>b</sup> plaignant en l'espèce n'avait rien de vindicatif et ne constituait pas une application de la loi du talion. Il a plutôt été admis parce que l'affaire était devenue limitée à la question de la crédibilité de deux personnes, l'accusé et l'accusateur, et dans ces circonstances il importait <sup>c</sup> d'autant plus d'épuiser tous les moyens nécessaires pour clarifier la question de savoir lequel des deux témoins était digne de foi.

<sup>d</sup> La controverse que suscite ce point ressort toutefois nettement des observations suivantes du juge du procès dans l'affaire *United States v. Brown*, 409 F. Supp. 890 (W.D.N.Y. 1976), à la p. 892:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Je tiens pour erronées les considérations énoncées dans la décision *United States v. Jackson* [405 F. Supp. 938 (E.D.N.Y. 1975)] . . . *Jackson*, prétend-on, est une affaire dans laquelle le gouvernement disposait d'une abondante preuve à charge, de sorte que l'issue ne dépendait nullement de la confrontation de deux témoins dans une situation où la crédibilité de ceux-ci constituait le facteur décisif. Le juge a laissé <sup>f</sup> entendre que, dans cette dernière hypothèse, il aurait eu tendance à admettre la preuve relative à la condamnation antérieure.

<sup>g</sup> À mon avis, cette analyse de la gravité du préjudice est fautive. Ce devrait être l'inverse. Si le gouvernement possède une preuve solide contre un défendeur, l'admission en preuve de ses condamnations antérieures représentera normalement une «erreur anodine» et, partant, non préjudiciable. Si, par contre, l'affaire devait être <sup>h</sup> tranchée essentiellement en fonction de la crédibilité du défendeur en tant que témoin, l'admission en preuve de ses condamnations antérieures serait hautement préjudiciable. Dans l'affaire *Jackson*, la cour affirme que le *gouvernement*, s'il dispose d'une abondante preuve à <sup>i</sup> charge, ne subira aucun préjudice par suite de l'exclusion de cet élément de preuve. Voilà qui paraît tout à fait différent du critère dont parle la règle 609a).

<sup>j</sup> Pour ma part, j'estime qu'il peut y avoir des cas où, afin de ne pas présenter au jury un tableau dénaturé des faits, il pourrait s'avérer nécessaire de permettre un tel contre-interrogatoire, mais je

override the concern for a fair trial. Indeed, cross-examination should only be permitted on the foregoing basis where to do so would render the trial more, and not less, fair; see *Luck, supra*.

It must be remembered that prejudicial potential and probative value are not abstract qualities. They exist in the context of a concrete case and are determined with reference to the circumstances of the case. I turn now to briefly consider the *Charter*.

### Section 12 and the *Charter*

It may be argued that even the recognition of a discretion to exclude after consideration of the factors outlined earlier in this judgment does not ensure that s. 12, as it applies to an accused person, satisfies the constitutional mandates of the *Charter*. Indeed, while the appellant's main argument was that such a discretion must exist, as a minimum, to validate s. 12 under the *Charter*, he also appears to have attacked more generally the application of s. 12 to accused persons under any circumstances.

In so far as his argument questions the fairness of the trial or the impartiality of the triers of fact (s. 11(d)) on the ground that s. 12 admits evidence irrelevant to the issue of credibility, I reiterate my view that such evidence is relevant and *prima facie* admissible. Evidence of previous convictions advances, to a greater or lesser extent, a fact in issue, i.e., the credibility of an accused who testifies, and is therefore relevant. In my view, admitting relevant evidence, in the absence of a valid reason for excluding it, accords with the principles of fundamental justice, as does the exclusion of irrelevant evidence. Thus this general or first principle of the law of evidence, the principle of relevancy, helps to ensure that the trial is conducted fairly and that justice is done.

ne crois pas que ce facteur puisse l'emporter sur le droit à un procès équitable. En fait, il ne devrait être permis de procéder à un contre-interrogatoire pour le motif susmentionné que lorsque cela aura pour effet de rendre le procès plus, plutôt que moins, équitable; voir l'arrêt *Luck*, précité.

Il faut se rappeler que la possibilité de préjudice et la valeur probante ne sont pas des qualités abstraites. Elles existent dans le contexte d'une affaire concrète et doivent être déterminées en fonction des circonstances de cette affaire. Cela dit, j'entreprends maintenant un bref examen de la *Charte*.

### L'article 12 et la *Charte*

On peut prétendre que même la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve après avoir pris en considération les facteurs exposés précédemment ne garantit pas que l'art. 12, dans la mesure où il s'applique à un accusé, satisfait aux exigences constitutionnelles de la *Charte*. En effet, bien que l'appelant allègue principalement qu'il doit exister tout au moins un tel pouvoir discrétionnaire pour que l'art. 12 ne soit pas contraire à la *Charte*, il paraît également contester d'une manière plus générale l'application de l'art. 12 aux accusés, peu importe les circonstances.

Pour autant que son argument mette en doute le caractère équitable du procès ou l'impartialité des juges des faits (al. 11d)) pour le motif que l'art. 12 autorise l'admission d'une preuve n'ayant aucun rapport avec la question de la crédibilité, je répète que, selon moi, cette preuve est pertinente et qu'elle est admissible à première vue. La preuve de condamnations antérieures sert plus ou moins à établir un fait en litige, c.-à-d. la crédibilité d'un accusé qui témoigne, d'où sa pertinence. À mon avis, l'admission d'une preuve pertinente, lorsqu'il n'y a aucune raison valable de l'écarter, concorde avec les principes de justice fondamentale de la même manière que l'exclusion de toute preuve non pertinente. Donc, ce principe général ou principe premier du droit de la preuve, savoir le principe de la pertinence, contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue.

If the appellant's broader argument is based on the notion that, to ensure a fair trial and impartial jurors, evidence of the previous convictions of an accused should always, as a matter of law, be excluded because of their prejudicial effect and in spite of their probative value, I cannot agree. It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. To accept the appellant's argument would be to ignore those considerations.

In my view, the recognition of a discretion to exclude evidence when its probative value is overshadowed by prejudicial effect ensures that the legitimate interests of both the public and the accused are taken into account. Justice and fairness demand no less and expect no more. The factors that should be considered in exercising this discretion, which I have earlier set out, ensure that this occurs. Each of them assists in focussing the inquiry on whether the probative value of any previous convictions the Crown seeks to introduce into evidence is sufficient to counterbalance the unjustified prejudice to the accused that would result, thus securing fairness to both. Indeed, as I earlier noted, the touchstone of all these factors is the fairness of the proceedings.

The recognition and proper exercise of this discretion, therefore, ensures that s. 12 is constitutionally valid. Of course if it is improperly exercised, or if, as is the case here, the trial judge fails to recognize that such a discretion is vested in him, then an appellate court may review the matter and order a new trial, find there has not been a miscarriage of justice and confirm the conviction or, in

Si l'argument plus général de l'appelant repose sur la notion selon laquelle, pour garantir un procès équitable et l'impartialité des jurés, la preuve des condamnations antérieures d'un accusé doit toujours, sur le plan du droit, être exclue en raison de son effet préjudiciable et en dépit de sa valeur probante, je ne puis l'accepter. Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. Retenir l'argument de l'appelant reviendrait à faire abstraction de ces considérations.

Selon moi, la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve lorsque sa valeur probante est éclipsée par son effet préjudiciable assure la prise en considération des intérêts légitimes tant du public que de l'accusé. La justice et l'équité n'exigent rien de moins et ne prévoient rien de plus. Les facteurs qui devraient être pris en considération en exerçant ce pouvoir discrétionnaire et que j'ai exposés plus haut, garantissent cela. Chacun desdits facteurs aide à axer l'examen sur la question de savoir si la valeur probante de toute condamnation antérieure que le ministère public cherche à produire en preuve suffit pour compenser le préjudice injustifié qui en résultera pour l'accusé, de manière à garantir à l'une et l'autre partie un traitement équitable. De fait, comme je l'ai souligné précédemment, la pierre de touche en ce qui concerne tous ces facteurs est le caractère équitable des procédures.

La reconnaissance et l'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire assurent donc la constitutionnalité de l'art. 12. Bien entendu, s'il est exercé d'une manière irrégulière ou si, comme en l'espèce, le juge du procès ne reconnaît pas qu'il détient un tel pouvoir, alors un tribunal d'appel peut examiner l'affaire et ordonner la tenue d'un nouveau procès, conclure qu'il n'y a pas eu de déni de

appropriate circumstances, exercise its own discretion in the matter; see *R. v. Watts, supra*.

I would stress, however, that, as is the case when an appellate court undertakes to review a trial judge's decision which is based at least in part on the unique circumstances of the case before him and his own first-hand view of the proceedings, restraint ought to be exercised in interfering with a trial judge's exercise of discretion. More specifically, an appellate court should never, in the absence of clear error, simply substitute its own view of how that discretion ought to have been exercised for that of the trial judge.

I turn now to consider whether, in the circumstances of the present case, the trial judge, had he considered himself to have a discretion to exclude, ought to have excluded the previous conviction for non-capital murder, and if so whether the conviction entered against the appellant can now stand.

#### Disposition

I am of the opinion that, even on the narrow view of the exclusionary discretion expressed in *Wray, supra*, the previous conviction for murder ought not to have been admitted in the present case.

As I indicated in my earlier comments respecting the admission into evidence of previous convictions for offences similar to that for which the accused is on trial, I think it self-evident that the prejudicial potential harboured by the admission at a trial for murder of a previous conviction for non-capital murder is manifestly profound. Furthermore, the probative value of this item of evidence in relation to credibility (which is the only use to which it legitimately could be put) is, at best, trifling, certainly in this case. The foregoing

justice et confirmer la déclaration de culpabilité ou encore, si cela est indiqué, exercer son propre pouvoir discrétionnaire en l'espèce; voir l'arrêt *R. v. Watts*, précité.

<sup>a</sup> Je souligne toutefois que, comme c'est le cas lorsqu'un tribunal d'appel entreprend d'examiner la décision d'un juge de première instance qui s'est fondé, du moins en partie, sur les circonstances particulières de la cause dont il se trouve saisi et sur ce qu'il a pu lui-même observer au cours des débats, il faut se montrer réticent à intervenir pour modifier une décision prise par un juge de première instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Plus précisément, en l'absence d'une erreur manifeste, un tribunal d'appel ne doit jamais simplement substituer à l'avis du premier juge sa propre opinion quant à la manière dont ce pouvoir discrétionnaire aurait dû être exercé.

<sup>d</sup> J'en viens maintenant à la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, le juge du procès, s'il s'était estimé investi du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion, aurait dû écarté la condamnation antérieure pour meurtre non qualifié et, dans l'affirmative, si la déclaration de culpabilité inscrite contre l'appellant peut être maintenue.

#### <sup>f</sup> Dispositif

Je suis d'avis que, même selon l'interprétation restrictive du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion reconnu dans l'arrêt *Wray*, précité, la condamnation antérieure pour meurtre n'aurait pas due être admise en preuve en l'espèce.

Comme je l'ai indiqué dans mes observations précédentes concernant l'admission en preuve de condamnations antérieures pour des infractions semblables à celle pour laquelle l'accusé subit son procès, je crois qu'il va de soi que le risque de préjudice qui en résulterait si l'on admettait en preuve à un procès pour meurtre une condamnation antérieure pour meurtre non qualifié serait extrêmement grave. De plus, la valeur probante de cet élément de preuve en ce qui concerne la crédibilité (qui est la seule question relativement à laquelle on pourrait légitimement s'en servir) est, tout au plus, insignifiante, du moins dans la présente affaire. Ces seules considérations paraissent

alone appears to satisfy a narrow reading of the test in *Wray, supra*.

However, as I mentioned earlier, discretion cannot be judicially exercised in a vacuum; it is only with reference to the circumstances of the case that its exercise becomes meaningful. The circumstances of the present case, however, rather than "indicat[ing] strong reasons for disclosure" (*Gordon, supra*, at p. 940), militate strenuously for exclusion. It is true that the appellant had assailed the credibility of Crown witnesses and, indeed, that credibility was the vital issue at trial. However, the circumstances of the case itself, indicating a violation by the appellant of his parole conditions, and the substance of the appellant's defence, indicating clearly the appellant's involvement in cocaine transactions, would have served to bring home to the jury the unsavoury criminal character of the appellant and, on the theory that such evidence affects credibility, this objective would have been fulfilled. This, along with the evidence of the appellant's previous convictions for theft and breaking and entering, amply served the purpose of impeaching his credibility. Indeed, the convictions for theft and breaking and entering, though quite remote in time, would appear far more probative of a disposition for dishonesty than a conviction for murder. The latter, in the circumstances of the case, added very little, if anything, to the jury's perception of the appellant's character for veracity; on the other hand, in the words of Hutcheon J.A. in the court below, "it might well be that the fact that he had been convicted some years before of a similar offence might have been the last ounce which turned the scales against him". The jury's actions at trial in this case in no way diminish this possibility.

### Conclusion

I conclude, therefore, that s. 12 of the *Canada Evidence Act*, when read in conjunction with the salutary common law discretion to exclude prejudicial evidence, does not violate an accused's

satisfaire aux exigences d'une interprétation restrictive du critère énoncé dans l'arrêt *Wray*, précité.

Toutefois, je le répète, l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire ne saurait se faire en l'absence de tout contexte; ce n'est qu'en fonction des circonstances de l'affaire que l'exercice de ce pouvoir prend un sens. Les circonstances de la présente espèce, cependant, plutôt que de révéler «de bonnes raisons de permettre la divulgation» (*Gordon*, précité, à la p. 940), militent fortement en faveur de l'exclusion. Il est vrai que l'appellant avait attaqué la crédibilité des témoins à charge et, en fait, que la question capitale au procès était celle de la crédibilité. Toutefois, les circonstances de l'affaire elles-mêmes, qui révèlent l'existence d'une violation par l'appellant des modalités de sa liberté conditionnelle, et l'essentiel de la défense de l'appellant, qui révèle clairement sa participation au trafic de cocaïne, auraient fait voir au jury les tendances criminelles de l'appellant et, suivant la théorie selon laquelle une telle preuve nuit à la crédibilité, on aurait atteint le but visé. Cela, avec la preuve des condamnations antérieures de l'appellant pour vol et introduction par effraction, était largement suffisant pour mettre en doute sa crédibilité. De fait, les condamnations pour vol et introduction par effraction, quoiqu'elles datent d'il y a assez longtemps, sembleraient constituer une preuve beaucoup plus convaincante d'une propension à la malhonnêteté que ne l'est une condamnation pour meurtre. En l'espèce, la condamnation pour meurtre n'a guère aidé le jury à déterminer la propension de l'appellant à dire la vérité; d'un autre côté, pour reprendre les propos qu'a tenus le juge Hutcheon en Cour d'appel, «il se pourrait bien que le fait que l'accusé a été quelques années auparavant déclaré coupable d'une infraction similaire ait eu pour effet de faire pencher la balance contre lui». Les actes posés par le jury au cours du procès en l'espèce ne diminuent aucunement cette possibilité.

### Conclusion

Je conclus donc que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu'il est pris conjointement avec le salutaire pouvoir discrétionnaire conféré par la *common law* d'écarter toute preuve préjudi-

right to a fair trial nor deprive him of his liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Here, the trial judge erred in law in failing to recognize the existence of the exclusionary discretion described above and, consequently, in admitting into evidence the previous conviction for murder. Given my belief that the introduction of this evidence was, in the circumstances of the case, unjustifiably prejudicial to the fairness of the appellant's trial, I am unable to conclude that no substantial wrong or miscarriage of justice was occasioned thereby. I would, therefore, allow the appeal, quash the conviction and order a new trial pursuant to s. 613(2)(b) of the *Criminal Code*. I would answer the first constitutional question in the negative and consequently find it unnecessary to answer the second constitutional question.

*Appeal dismissed, LA FOREST J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Young & Co., Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Solicitor of the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.*

ciable, ne porte atteinte ni au droit d'un accusé à un procès équitable ni à son droit à la liberté, si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne reconnaissant pas l'existence du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion décrit plus haut et, par conséquent, en admettant en preuve la condamnation antérieure pour meurtre. Puisque j'estime que la production de cet élément de preuve a, dans les circonstances de l'espèce, nui d'une manière injustifiable au caractère équitable du procès de l'appelant, je me vois dans l'impossibilité de conclure que cela n'a entraîné aucun préjudice ni aucun déni de justice graves. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès conformément à l'al. 613(2)b) du *Code criminel*. Je suis d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par la négative et je juge donc inutile de répondre à la seconde question constitutionnelle.

*Pourvoi rejeté, le juge LA FOREST est dissident.*

*Procureurs de l'appelant: Young & Co., Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.*