

Daniel Dubois *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18608.

1984: October 25; 1985: November 21.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial — First trial taking place prior to proclamation of Charter — Incriminating evidence given by accused at first trial not admissible against him at second trial — Protection against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Self-incrimination — Retrial — Accused's evidence at first trial not admissible against him at second trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Appellant was convicted by a jury of second degree murder but the Court of Appeal granted a new trial on grounds of misdirection to the jury. At the second trial, held after the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Crown introduced as evidence appellant's testimony given voluntarily at his first trial. Defence counsel objected arguing that it was contrary to s. 13 of the *Charter* which provided that "A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings . . ." The trial judge ruled that the protection against self-incrimination guaranteed by s. 13 did not apply as the *Charter* came into force after appellant had testified in his first trial. Appellant was again convicted. His appeal, on the sole ground that his first trial testimony should have been excluded, was dismissed. The Court of Appeal held that the second trial was not "any other proceedings" within the meaning of the section and therefore appellant could not invoke s. 13 under these circumstances.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Dickson C.J. and Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Section 13 of the *Charter*

Daniel Dubois *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 18608.

1984: 25 octobre; 1985: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès — Premier procès antérieur à la proclamation de la Charte — Témoignage incriminant de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès — Protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Auto-incrimination — Nouveau procès — Témoignage de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au second degré par un jury, mais la Cour d'appel a accordé un nouveau procès au motif que le jury avait reçu des directives erronées. Au cours du second procès qui a eu lieu après la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la poursuite a produit en preuve le témoignage que l'appellant avait donné volontairement à son premier procès. L'avocat de la défense a fait opposition et allégué que c'était contraire à l'art. 13 de la *Charte* aux termes duquel «Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures . . .» Le juge du procès a décidé que la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 13 ne s'appliquait pas car la *Charte* est entrée en vigueur après le témoignage de l'appellant à son premier procès. L'appellant a été de nouveau condamné. Son appel, sur le moyen unique que son témoignage au premier procès devait être exclu, a été rejeté. La Cour d'appel a décidé que le second procès ne constituait pas «d'autres procédures» au sens de l'article et, partant, que l'appellant ne pouvait pas invoquer l'art. 13 dans ces circonstances.

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain: L'article 13 de la *Charte*

precludes the admission at the second trial of the evidence given by the appellant at his first trial. The purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d) — the right of non-compellability and the presumption of innocence — is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. This protection inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him. The time at which the previous testimony is given is irrelevant. Thus, no issue of retrospectivity arises in this case since the attempt to use appellant's testimony occurred after the coming into force of the *Charter*.

The fact that s. 13 is framed in the present tense, does not preclude it from applying in a situation where the witness in question was the accused and when the testimony in issue had been given previously. The phrase "A witness who testifies . . ." merely clarifies that the word "witness" includes a voluntary witness.

Although s. 13 refers twice to the notion of incrimination, the evidence in issue need not be incriminating in the first proceeding in which it was given and in the second where the Crown attempts to use it. The purpose of the section clearly indicates that the incriminating nature of the evidence must be evaluated only in the second proceeding. Any evidence the Crown tenders as part of its case against the accused is, for the purpose of s. 13, incriminating evidence.

A retrial of the same offence falls within the meaning of the words "any other proceedings". The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others. Here, to allow the Crown to use, as part of its case, the accused's previous testimony would in effect allow the Crown to do indirectly what it is estopped from doing directly by s. 11(c), i.e., to compel the accused to testify. It would also permit an indirect violation of the right of the accused to be presumed innocent and remain silent until proven guilty by the Crown, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Such a result should be avoided.

Finally, assuming that s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can apply to a *Charter* violation and to a remedy under s. 24, given the nature of the evidence, this would not be a proper case for applying the proviso.

Per McIntyre J., dissenting: Where a court of appeal quashes a conviction and orders a new trial, s. 13 of the *Charter* does not preclude the admission at the second trial of the evidence given by the accused at his first

empêche l'admission au second procès de la preuve donnée par l'appellant à son premier procès. L'objet de l'art. 13 lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11(c) et (d) — le droit de ne pas être contraint de témoigner et la présomption d'innocence — est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer. Cette protection s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente. Ainsi, étant donné qu'en l'espèce on a tenté d'utiliser le témoignage de l'appellant après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la question de la rétroactivité ne se pose pas.

Le fait que l'art. 13 soit rédigé au présent ne l'empêche pas de s'appliquer au cas où le témoin est l'accusé et où le témoignage a été donné antérieurement. L'expression «*A witness who testifies . . .*» dans la version anglaise précise simplement que le terme *witness* englobe un témoin volontaire.

Bien que l'art. 13 mentionne deux fois la notion d'incrimination, il n'est pas nécessaire que le témoignage en cause ait été incriminant dans la première procédure où il a été donné et dans la seconde procédure où la poursuite cherche à l'utiliser. L'objet de l'article indique clairement que la nature incriminante du témoignage doit seulement être évaluée dans la seconde procédure. Tout témoignage que la poursuite soumet dans le cadre de sa preuve à charge est, pour les fins de l'art. 13, un témoignage incriminant.

Un nouveau procès pour la même infraction constitue une «autre procédure». Les tribunaux doivent interpréter les articles de la *Charte* les uns par rapport aux autres. En l'espèce, autoriser la poursuite à utiliser dans le cadre de sa preuve principale le témoignage antérieur de l'accusé lui permettrait en fait de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11(c), c.-à-d. contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11(d) de la *Charte*. Il faut éviter un tel résultat.

Enfin, en présumant que le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* peut s'appliquer à une violation de la *Charte* et à la réparation prévue à l'art. 24, vu la nature du témoignage, ce n'est pas une affaire où il y a lieu d'appliquer cette disposition.

Le juge McIntyre, dissident: Lorsqu'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité et ordonne un nouveau procès, l'art. 13 de la *Charte* n'empêche pas l'admission à un second procès de la preuve donnée par

trial. A new trial cannot, on a fair reading of s. 13, be considered as another proceeding. The word "proceedings" in s. 13, means, in a criminal case, all judicial steps taken upon one charge to resolve and reach a final conclusion of the issue therein raised between the same party and the Crown. This would include the preliminary hearing, the trial, and an appeal and a new trial. Therefore, while s. 13 provides a wider protection against self-incrimination than that provided by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, the section does not apply to evidence voluntarily given at a different stage in the same proceedings.

Although appellant cannot be compelled to give evidence at his second trial, this protection, provided by s. 11(c) of the *Charter*, does not extend to bar the use in evidence of earlier voluntarily statements that he has made which are clearly relevant to the issues.

Cases Cited

By the majority

R. v. Brown (No. 2) (1963), 40 C.R. 105 (S.C.C.), rev'g (1963), 40 C.R. 90 (N.W.T.C.A.), distinguished; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, considered; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 S.C.R. 589; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54; *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1, referred to.

By the minority

R. v. Brown (No. 2) (1963), 40 C.R. 105 (S.C.C.), rev'g (1963), 40 C.R. 90 (N.W.T.C.A.); *R. v. Sophonow (No. 1)* (1983), 6 C.C.C. (3d) 394 (Man. Q.B.), approved (1984), 12 C.C.C. (3d) 272 (C.A.); *R. v. Mannion* (1983), 6 C.C.C. (3d) 161 (Alta. Q.B.), approved (1984), 11 C.C.C. (3d) 503 (C.A.); *R. v. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193; *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *R. v. Erdheim*, [1896] 2 Q.B. 260; *Eddy v. Stewart*, [1932] 3 W.W.R. 71; *R. v. McGregor*, [1967] 2 All E.R. 267; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481.

l'accusé à son premier procès. Une interprétation juste de l'art. 13 ne permet pas de considérer un nouveau procès comme une autre procédure. Le mot «procédures» à l'art. 13 signifie, dans un procès criminel, toutes les étapes judiciaires relatives à une accusation pour résoudre et trancher définitivement la question alors soulevée par la même partie et la poursuite. Ceci inclut l'enquête préliminaire, le procès, l'appel et le nouveau procès. Par conséquent, même si l'art. 13 offre une protection plus large contre l'auto-incrimination que celle offerte par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, il ne s'applique pas au témoignage donné volontairement à une étape différente des mêmes procédures.

Bien qu'on ne puisse pas contraindre l'appelant de témoigner à son second procès, cette protection, accordée par l'al. 11c) de la *Charte*, ne va pas jusqu'à empêcher d'utiliser en preuve ses déclarations antérieures volontaires qui touchent clairement aux questions en litige.

d Jurisprudence

Citée par la majorité

Distinction faite avec l'arrêt: *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105 (S.C.C.), infirmant (1963), 40 C.R. 90 (C.A.T.N.W.); arrêts examinés: *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; arrêts mentionnés: *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 R.C.S. 589; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54; *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1.

Citée par la minorité

R. v. Brown (No. 2) (1963), 40 C.R. 105 (S.C.C.), infirmant (1963), 40 C.R. 90 (C.A.T.N.W.); *R. v. Sophonow (No. 1)* (1983), 6 C.C.C. (3d) 394 (B.R. Man.), approuvé (1984), 12 C.C.C. (3d) 272 (C.A.); *R. v. Mannion* (1983), 6 C.C.C. (3d) 161 (B.R. Alb.), approuvé (1984), 11 C.C.C. (3d) 503 (C.A.); *R. v. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193; *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *R. v. Erdheim*, [1896] 2 Q.B. 260; *Eddy v. Stewart*, [1932] 3 W.W.R. 71; *R. v. McGregor*, [1967] 2 All E.R. 267; *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 2, 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c),
 (d), 13, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 469, a
 613(1)(b)(iii).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West
 Publishing Co., 1979 "proceeding".
 Côté, P. A. *The Interpretation of Legislation in
 Canada*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1984.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 37, London,
 Butterworths, 1982.
 Kaufman F. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., c
 Toronto, Carswells, 1979.
Phipson on Evidence, 13th ed. by J. H. Buzzard, R.
 May and M. N. Howard, London, Sweet & Maxwell,
 1982.
 Ratushny, E. "The Role of the Accused in the Criminal
 Process" in *The Canadian Charter of Rights and
 Freedoms*, W. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin
 (eds.), Toronto, Carswells, 1982.
 Ratushny, E. *Self-incrimination in the Canadian
 Criminal Process*, Toronto, Carswells, 1979.
Wigmore on Evidence, vol. 8, rev. by J. T. McNaughton, e
 Boston, Little, Brown and Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court
 of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R.
 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 f
 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R.
 594, dismissing the accused's appeal from his con-
 viction for murder. Appeal allowed and new trial
 ordered, McIntyre J. dissenting.

Peter Lamont, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Estey,
 Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was
 delivered by h

LAMER J.—When a new trial is ordered on the
 same charge or on an included offence by a court
 of appeal, can the Crown adduce as evidence-in-
 chief the testimony given by an accused at the
 former trial? That question was addressed by this
 Court prior to the coming into force of the
*Canadian Charter of Rights and Freedoms (Con-
 stitution Act, 1982*, as enacted by the *Canada Act
 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11), in a different legal j

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c), d),
 13, 24.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 469,
 613(1)b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10,
 art. 2, 5.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West
 Publishing Co., 1979 «proceeding». b
 Côté, P. A. *Interprétation des lois*, Cowansville, Ed.
 Yvon Blais Inc., 1982.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 37, London,
 Butterworths, 1982.
 Kaufman F. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed.,
 Toronto, Carswells, 1979.
Phipson on Evidence, 13th ed. by J. H. Buzzard, R.
 May and M. N. Howard, London, Sweet & Maxwell,
 1982.
 Ratushny, E. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite
 criminelle» dans *Charte canadienne des droits et
 libertés*, G.-A. Beaudoin et W. Tarnopolsky (éd.),
 Toronto, Carswells, 1982.
 Ratushny, E. *Self-incrimination in the Canadian Cri-
 minal Process*, Toronto, Carswells, 1979.
Wigmore on Evidence, vol. 8, rev. by J. T. McNaughton,
 Boston, Little, Brown and Co., 1961. e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
 de l'Alberta (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R.
 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8
 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R.
 594, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa
 déclaration de culpabilité de meurtre. Pourvoi
 accueilli et nouveau procès ordonné, le juge McIn-
 tyre est dissident. g

Peter Lamont, pour l'appellant.

Bruce Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef
 Dickson et des juges Estey, Chouinard, Lamer,
 Wilson et Le Dain rendu par h

LE JUGE LAMER—Lorsqu'une cour d'appel
 ordonne un nouveau procès à l'égard d'une même
 accusation ou d'une infraction comprise, la pour-
 suite peut-elle présenter à titre de preuve princi-
 pale le témoignage donné par un accusé au cours
 du premier procès? Cette Cour a examiné cette
 question dans l'arrêt *R. v. Brown (No. 2)* (1963),
 40 C.R. 105, avant l'entrée en vigueur de la
Charte canadienne des droits et libertés (Loi cons-

setting, in *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105, and answered affirmatively. It now comes back to us because of s. 13 of the *Charter*.

The Facts

The appellant was charged in Alberta with second degree murder. At his trial before Rowbotham J. sitting with a jury, the appellant gave evidence in his defence, admitting that he had killed the deceased but also alleging certain circumstances of justification. The appellant did not invoke the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. The appellant was convicted, but successfully appealed the conviction to the Alberta Court of Appeal and was granted a new trial on grounds of misdirection to the jury: (1982), 69 C.C.C. (2d) 494. At the new trial, the Crown read in the appellant's testimony from the first trial over the objection of appellant's counsel, such objection based on s. 13 of the *Charter*. The appellant chose not to testify nor did he call any evidence. He was again convicted. He appealed again to the Alberta Court of Appeal on the sole ground that the trial judge erred in admitting into evidence, as part of the Crown's case, the testimony of the appellant from his former trial. The appeal was dismissed: (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594. The accused now comes to this Court.

The *Charter* had not come into force at the time the appellant testified in his first trial but was in force when Crown counsel adduced his evidence-in-chief in the second trial.

The Statutes

Canadian Charter of Rights and Freedoms

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceed-

titutionnelle de 1982, adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (U.K.), chap. 11), dans un contexte juridique différent et y a répondu par l'affirmative. Cette question nous est posée de nouveau à cause de l'art. 13 de la *Charte*.

Les faits

L'appelant a été accusé de meurtre au deuxième degré en Alberta. Au cours de son procès devant le juge Rowbotham siégeant avec un jury, l'appelant a témoigné pour sa défense, admettant qu'il avait tué la victime mais alléguant également certaines circonstances justificatives. L'appelant n'a pas invoqué la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. L'appelant a été déclaré coupable mais a interjeté appel avec succès de cette déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Alberta et a obtenu un nouveau procès à cause de directives erronées au jury: (1982), 69 C.C.C. (2d) 494. Au nouveau procès, la poursuite a lu le témoignage que l'appelant avait donné à son premier procès, en dépit de l'opposition de l'avocat de l'appelant; cette opposition était fondée sur l'art. 13 de la *Charte*. L'appelant a choisi de ne pas témoigner et n'a cité aucun témoin. Il a encore une fois été déclaré coupable. Il a de nouveau interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta invoquant comme seul moyen que le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve, dans le cadre de la preuve à charge, le témoignage que l'appelant avait donné à son premier procès. L'appel a été rejeté: (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594. L'accusé se pourvoit maintenant devant cette Cour.

La *Charte* n'était pas entrée en vigueur au moment où l'appelant a témoigné à son premier procès, mais elle l'était lorsque l'avocat de la poursuite a présenté sa preuve principale dans le deuxième procès.

Les lois

Charte canadienne des droits et libertés

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

ings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

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

Canada Evidence Act

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

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

The Judgments

Alberta Court of Queen's Bench

Moshansky J. admitted into evidence the appellant's previous testimony, holding that s. 13 of the *Charter* did not apply as the *Charter* did not come into force until after the appellant had testified in his first trial: (1983), 5 C.C.C. (3d) 273, 6 C.R.R. 125. He stated that since s. 13 is framed in the present tense, it is intended to apply to a witness who testifies rather than to one who has testified on some previous occasion.

The trial judge then went on to say that regardless of the retrospectivity question, s. 13 would still not apply as the section is intended to apply to a witness rather than to an accused. He did not find it necessary to deal with the argument concerning the meaning of the words "other proceedings" in s. 13.

ou pour témoignages contradictoires.

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

Loi sur la preuve au Canada

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

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

Les jugements

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le juge Moshansky a admis en preuve le témoignage antérieur de l'appelant, concluant que l'art. 13 de la *Charte* ne s'appliquait pas car la *Charte* n'était entrée en vigueur qu'après le témoignage de l'appelant à son premier procès: (1983), 5 C.C.C. (3d) 273, 6 C.R.R. 125. Il a conclu que, comme l'art. 13 est rédigé au présent, il doit s'appliquer à un témoin qui dépose plutôt qu'à celui qui a déposé précédemment.

Le juge du procès a alors ajouté que, même si on ne tenait pas compte du caractère rétroactif, l'art. 13 ne s'appliquerait toujours pas car l'article doit s'appliquer à un témoin plutôt qu'à un accusé. Il n'a pas jugé nécessaire de traiter de l'argument portant sur la signification des termes «autres procédures» à l'art. 13.

Alberta Court of Appeal

The court ruled that the evidence was admissible, although it disagreed with the trial judge's finding that s. 13 did not apply because of the retrospectivity argument. The court held that s. 13 did apply in a situation where the witness in question was the accused and when the testimony in question had been given previously. The court stated that s. 13 in effect sets forth "the right to have the testimony not used". However, the court ruled that the second trial is not "any other proceedings" and therefore the accused could not invoke s. 13 under these circumstances.

Respondent Crown takes the view that s. 13 could not be invoked by the accused at his second trial because it applied only to testimony given after the advent of the *Charter*, that in any event the evidence in this case when given was not "incriminating", and furthermore, that a retrial is not "any other proceedings". Finally, the respondent invokes, as a subsidiary argument, s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

As I am of the view that this appeal should succeed, I will address all of the issues raised by the respondent in support of the Court of Appeal's conclusion to dismiss the accused's appeal.

Nature and Purpose of s. 13

A plain reading of s. 13 indicates that the guarantee it provides is directed against self-incrimination through the use of one's previous testimony. It is a very specific form of protection against self-incrimination and must therefore be viewed in the light of two closely related rights, the right of non-compellability and the presumption of innocence, set forth in s. 11(c) and (d) of the *Charter*:

11. Any person charged with an offence has the right

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

Cour d'appel de l'Alberta

La Cour d'appel a jugé que la preuve était admissible, bien qu'elle ne fût pas d'accord avec la conclusion du juge du procès que l'art. 13 ne s'appliquait pas à cause de l'argument fondé sur la rétroactivité. La cour a conclu que de fait l'art. 13 s'appliquait dans une situation où le témoin en question était l'accusé et lorsque le témoignage en question avait été donné à une date antérieure. La cour a dit qu'en effet, l'art. 13 établissait le «droit à ce qu'aucun témoignage ne soit utilisé». Toutefois, la cour a statué que le second procès n'était pas visé par l'expression «d'autres procédures» et que par conséquent l'accusé ne pouvait invoquer l'art. 13 dans de telles circonstances.

Sa Majesté intimée adopte la position que l'art. 13 ne pouvait être invoqué par l'accusé à son second procès parce qu'il ne s'applique qu'aux témoignages donnés après l'entrée en vigueur de la *Charte*, que de toute façon le témoignage en l'espèce, lorsqu'il a été donné, n'était pas «incriminant» et qu'en outre, un nouveau procès n'est pas visé par l'expression «d'autres procédures». Enfin, l'intimée invoque, à titre subsidiaire, le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Comme je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, j'examinerai toutes les questions soulevées par l'intimée à l'appui de la conclusion de la Cour d'appel de rejeter l'appel de l'accusé.

Nature et but de l'art. 13

L'article 13 correctement interprété indique que la garantie qu'il accorde vise à empêcher l'auto-incrimination par l'utilisation d'un témoignage antérieur. C'est une forme de protection très précise contre l'auto-incrimination et elle doit par conséquent être interprétée dans le contexte de deux droits intimement liés, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et la présomption d'innocence établis aux al. 11(c) et (d) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

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

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

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence. As Laskin J. (as he then was) wrote in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, at p. 317:

The "right to be presumed innocent" . . . is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

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

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

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

The accused need only respond once. The Crown must present its evidence at an open trial. The accused is entitled to test and to attack it. If it does not reach a

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;

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins. Comme le juge Laskin (plus tard Juge en chef) l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, à la p. 317:

Le «droit à la présomption d'innocence» . . . signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à la p. 452.

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

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

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

[TRADUCTION] L'accusé n'est tenu de répondre à l'accusation qu'une seule fois. La Couronne doit présenter sa preuve à un procès public. L'accusé a le droit d'éprou-

certain standard, the accused is entitled to an acquittal. If it does reach that standard, then and only then is the accused required to respond or to stand convicted.

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

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

... the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), para. 2251, at p. 318.)

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

The consequences which flow from the nature and purpose of the right enunciated in s. 13 touch upon the following issues:

1. Whether the section applies to a witness who testifies or to a person who has testified on a previous occasion, that is, the determination of the beneficiary of the right;
2. the interpretation of the terms "incriminating evidence" and "used to incriminate";
3. the interpretation of the terms "any other proceedings".

For reasons hereinafter stated, while s. 11(c) and (d) both have a bearing on the determination of these three issues, s. 11(c) (non-compellability)

ver cette preuve et de la contester. Si cette preuve ne satisfait pas à certains critères, l'accusé a le droit d'être acquitté. Ce n'est que si la preuve satisfait à certains critères que l'accusé sera tenu d'y répondre ou de courir le risque d'une déclaration de culpabilité.

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

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

[TRADUCTION] ... l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), par. 2251, à la p. 318.)

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11(c) et (d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11(c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

Les conséquences qui découlent de la nature et de l'objet du droit énoncé à l'art. 13 touchent aux points suivants:

1. La question de savoir si l'article s'applique à un témoin qui dépose ou à une personne qui a témoigné précédemment, c'est-à-dire la détermination du bénéficiaire du droit;
2. l'interprétation des expressions «témoignage incriminant» et «utilisé pour l'incriminer»;
3. l'interprétation de l'expression «d'autres procédures».

Pour les motifs énoncés ci-dessous, bien que les al. 11(c) et (d) portent tous deux sur la détermination de ces trois questions, l'al. 11(c) (interdiction

is determinative as regards the first two, whilst s. 11(d) (the burden of proof and the concept of the case to meet) is determinative of the third question, the meaning of "any other proceedings".

I shall address each in turn.

The Beneficiary of the Right

In my view, s. 13 is not being given in this case a retrospective effect. As I have indicated earlier, s. 13 guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings. That right came into force on April 17, 1982, the date of the coming into force of the *Charter*. However, given the nature and purpose of the right, it inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him or her. The time at which the previous testimony was given is irrelevant for the purpose of determining who may or may not claim the benefit of s. 13. As of April 17, 1982, all persons acquired the right not to have evidence previously given used to incriminate them. The protection accorded by the right is related not to the moment the testimony is given, but to the moment at which an attempt is made to use that evidence in an incriminating fashion.

The fact of having given previous testimony is no more than a requisite for the operation of s. 13. To quote Martin J.A. in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 at pp. 102-03:

An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events: see *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; affirmed [1978] 2 S.C.R. 391, 39 C.C.C. (2d) 479n, [1978] 2 W.W.R. 478 (S.C.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (Ont. C.A.).

As section 13 guarantees the right of a person against self-incrimination, rather than the rights of a witness giving testimony, it inures to an individu-

de contraindre l'accusé de témoigner) apporte une réponse en ce qui a trait aux deux premières alors que l'al. 11d) (le fardeau de la preuve et le principe de la preuve complète) apporte une réponse à la troisième question, la signification de l'expression «d'autres procédures».

J'examinerai successivement chacune de ces questions.

b Le bénéficiaire du droit

À mon avis, l'art. 13 ne reçoit pas en l'espèce une interprétation lui donnant un effet rétroactif. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'art. 13 garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Ce droit s'applique depuis le 17 avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Toutefois, étant donné la nature et le but du droit, il s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente aux fins de déterminer qui peut ou non réclamer la protection de l'art. 13. Le 17 avril 1982, toutes les personnes ont acquis le droit de ne pas voir les témoignages donnés antérieurement utilisés pour les incriminer. La protection accordée par le droit ne se rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser ce témoignage d'une manière incriminante.

L'existence d'un témoignage antérieur n'est rien de plus qu'une condition requise pour l'application de l'art. 13. Pour citer le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 aux pp. 102 et 103:

[TRADUCTION] Toutefois, une disposition législative ne s'applique pas rétroactivement parce qu'une partie des conditions requises pour son application est tirée d'une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu'elle tient compte d'événements passés: voir *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; confirmé par [1978] 2 R.C.S. 391, 39 C.C.C. (2d) 479n, [1978] 2 W.W.R. 478 (S.C.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (C.A. Ont.).

Comme l'article 13 garantit le droit d'une personne contre l'auto-incrimination, plutôt que les droits d'un témoin qui dépose, il ne s'applique à un

al only at the moment an attempt is made to use previous testimony to incriminate its author. Since in this case the attempt to use Dubois' previous testimony occurred after the coming into force of the *Charter*, there arises here no issue of retrospectivity.

The Crown has argued that the right expressed in s. 13 accrues only to an individual who is a "witness", that the right is given "to an individual *qua* witness and not *qua* accused". The Crown seeks support for this position in the fact that the section speaks in the present tense. The protection, it is argued, is given to "a witness who testifies and not to a witness who has testified". That argument was answered in part by Kerans J.A. of the Alberta Court of Appeal in the present case reported at (1984), 11 C.C.C. (3d) 453 where he stated at p. 455:

It is argued correctly for the Crown that, on the day on which the Charter came into force, the accused was a witness who had testified, and not a witness who was yet to testify. But the expression 'a witness who testifies' was inserted in the Charter in substitution of the draft words 'a witness . . . when compelled to testify' in order to remove doubt whether a technically voluntary witness, such as an accused, can assert the protection of the section. The words 'who testifies' merely clarify that 'witness' includes a voluntary witness: see the analysis by Grotsky J. in *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138, [1983] 2 W.W.R. 145, 45 C.B.R. (N.S.) 200 (overruled on other grounds 8 C.C.C. (3d) 150, 3 D.L.R. (4th) 574, [1983] 6 W.W.R. 729). I therefore accept the contention for the accused that the right to prevent incriminating use of previous testimony extends to all witnesses, and whenever they testify.

Section 13, unlike s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, does not require any objection on the part of the person giving the testimony, nor does it refer to any compulsion to answer. Indeed, as noted by Kerans J.A. in the passage quoted above, the "compulsion to answer" requirement, which was set forth in a previous draft of s. 13, was ultimately removed from the final version of the section. Thus, the legislative history of the provision indicates that "'witness' includes a voluntary witness".

individu qu'au moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour incriminer son auteur. Étant donné qu'en l'espèce on a tenté d'utiliser le témoignage antérieur de Dubois après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la question de la rétroactivité ne se pose pas.

La poursuite soutient que le droit exprimé à l'art. 13 ne s'applique qu'à l'individu qui est un «témoin», que le droit n'est donné [TRADUCTION] «qu'à un individu en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé». La poursuite allègue à l'appui de cette position que l'article est rédigé au présent. Elle soutient que la protection n'est donnée [TRADUCTION] «qu'à un témoin qui dépose et non à un témoin qui a déposé». Dans les motifs maintenant publiés à (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, le juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta a répondu en partie à cet argument, à la p. 455:

[TRADUCTION] La poursuite soutient à juste titre que, le jour de l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'accusé était un témoin qui avait déposé et non un témoin qui était sur le point de déposer. Toutefois l'expression «*a witness who testifies*» a été inscrite dans le texte anglais de la *Charte* pour remplacer le projet de rédaction «*a witness . . . when compelled to testify*» afin de dissiper tout doute en ce qui a trait à la question de savoir si un témoin en principe volontaire, comme un accusé, peut réclamer la protection de l'article. L'expression «*who testifies*» dans le texte anglais précise simplement que le terme *witness* englobe un témoin volontaire. Voir l'analyse du juge Grotsky dans *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138, [1983] 2 W.W.R. 145, 45 C.B.R. (N.S.) 200 (infirmé pour d'autres motifs dans 8 C.C.C. (3d) 150, 3 D.L.R. (4th) 574, [1983] 6 W.W.R. 729). Par conséquent, j'accepte l'argument de l'accusé selon lequel le droit d'empêcher l'usage incriminant d'un témoignage antérieur vise tous les témoins, peu importe le moment où ils déposent.

L'article 13, contrairement au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'exige pas une opposition de la part de la personne qui témoigne et ne mentionne pas non plus une obligation de répondre. En fait, comme l'a souligné le juge Kerans dans le passage précité, l'exigence relative à «l'obligation de répondre», établie dans un projet de rédaction de l'art. 13, a par la suite été retirée de la version finale de l'article. Ainsi, l'histoire législative de la disposition indique que le terme *witness* englobe un témoin volontaire.

Moreover, given the nature and purpose of the right, which is essentially protection against self-incrimination, the issue of whether the testimony was compulsory or voluntary at the moment it was given is largely irrelevant. The focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given.

For these reasons, s. 13, in my view, applies as much to testimony voluntarily given by an accused as to testimony given by a witness under compulsion.

The Crown has relied upon the case of *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, in support of its position. In that case, Dickson J., (as he then was), speaking for the Court, stated that the privilege against self-incrimination extended to the accused "*qua* witness and not *qua* accused". However, in that case Dickson J. was delineating the scope of the privilege in relation to a refusal by a suspect to participate in an identification line-up and thus contrasting testimonial compulsion with other forms of compulsion. He stated, at pp. 768-69:

The privilege, historically and comprehensively analyzed in 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, pp. 284 *et seq.*, developed in revulsion from the system of interrogation practised in the old ecclesiastical courts and the Star Chamber, *i.e.* summoning a person, without giving him warning of the charge against him, and examining him on oath. The general rule evolved that no one was bound to answer any question if the answer would tend to expose him to a criminal charge. As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the witness box, *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5. As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears. In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally

En outre, étant donné la nature et le but du droit, qui est essentiellement la protection contre l'auto-incrimination, la question de savoir si le témoignage était obligatoire ou volontaire au moment où il a été donné est en grande partie non pertinente. Le droit vise principalement les secondes procédures, la date où l'on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné.

Pour ces motifs, l'art. 13 s'applique à mon avis autant au témoignage donné de manière volontaire par un accusé qu'au témoignage donné par une personne qui est obligée de témoigner.

Le ministère public a invoqué l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, à l'appui de sa position. Dans cet arrêt, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), parlant au nom de la Cour, a dit que le privilège contre l'auto-incrimination s'étend à l'accusé «en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé». Toutefois, dans cet arrêt le juge Dickson délimitait la portée du privilège relativement au refus d'un suspect de participer à une séance d'identification et faisait ainsi la comparaison entre la contrainte en matière testimoniale et d'autres formes de contraintes. Il a dit aux pp. 768 et 769:

Le privilège, dont une analyse historique et globale est faite dans 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, aux pp. 284 *sqq.*, s'est développé par réaction à la méthode d'interrogatoire pratiquée devant les anciens tribunaux ecclésiastiques et devant la Chambre Étoilée, où l'usage consistait à faire comparaître une personne, sans l'aviser de quoi elle était inculpée, et à l'interroger sous serment. La règle générale a évolué jusqu'à ce que personne ne soit obligé de répondre à une question si la réponse pouvait tendre à l'exposer à une inculpation de nature criminelle. Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée, *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 5. Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général

Marcoux thus stands for the proposition that the protection against self-incrimination is not functionally operative at the pre-trial stage of a police line-up. It in no way shores up the argument advanced by the Crown.

My view, therefore, is that the protection of s. 13 operates at the second proceedings; consequently the time at which the previous testimony was given and the question of whether it was given voluntarily or under compulsion are irrelevant. I am strengthened in this view by a brief analysis of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in relation to s. 13 of the *Charter*.

At common law, a witness had the privilege of refusing to answer a question where the answer would tend to criminate him or her. That common law privilege has been abolished by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*. Section 5(2) of the Act provides, however, that:

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer ... although the witness is ... compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place

This limited form of protection against self-incrimination clearly has no application to the proceedings in which the testimony is taken and applies only to subsequent proceedings (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152 at pp. 219-20). It applies, in other words, in subsequent proceedings in which the former witness has become the accused. Hence section 5(2) has to some extent shifted the focus of the protection against self-incrimination from the proceedings in which the testimony is given to subsequent proceedings in which the witness has become the accused.

The focus on the subsequent proceedings is even more pronounced in s. 13 of the *Charter*, which does not refer to any compulsion to answer at the time of the testimony nor to any objection to answer on the part of the accused. Consequently, although s. 13 refers to "A witness who testifies",

L'arrêt *Marcoux* étaye donc la proposition que la protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas de manière fonctionnelle à l'étape d'une séance d'identification qui est antérieure au procès. Cet arrêt n'appuie aucunement l'argument avancé par la poursuite.

Par conséquent, je suis d'avis que la protection qu'offre l'art. 13 s'applique aux secondes procédures; en conséquence la date à laquelle le témoignage antérieur a été donné et la question de savoir s'il a été donné volontairement ou sous la contrainte ne sont pas pertinentes. Une brève analyse du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'art. 13 de la *Charte* renforce mon opinion.

En *common law*, un témoin avait le privilège de refuser de répondre à une question lorsque cette réponse pouvait tendre à l'incriminer. Ce privilège de *common law* a été aboli par le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, le par. 5(2) de la *Loi* prévoit:

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre ... bien que ce témoin soit ... forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite

De toute évidence, cette forme limitée de protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas aux procédures dans lesquelles le témoignage est recueilli et ne s'applique qu'aux procédures subséquentes (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, aux pp. 219 et 220). En d'autres termes, elle s'applique dans les procédures subséquentes dans lesquelles celui qui était témoin est devenu l'accusé. Par conséquent, le par. 5(2) a, dans une certaine mesure, déplacé le point focal de la protection contre l'auto-incrimination des procédures dans lesquelles le témoignage est donné aux procédures subséquentes dans lesquelles le témoin est devenu l'accusé.

L'accent mis sur les procédures subséquentes est encore plus prononcé dans l'art. 13 de la *Charte*, qui ne mentionne aucune obligation de répondre au moment du témoignage ni aucune opposition à répondre de la part de l'accusé. En conséquence, bien que l'art. 13 mentionne dans le texte anglais

it is, like its predecessor, designed to be operative and to protect the interests of the person in the subsequent proceedings. Indeed, it is even clearer in s. 13 that the right functions at the level of the "other proceedings".

For these reasons, the Crown cannot, in my view, succeed in this portion of its argument.

Incriminating Evidence

The wording of the section refers twice to the notion of incrimination. According to the Crown, this means that the evidence in issue must, (1) have been incriminating in the first proceedings in which it was given, and (2) be incriminating in the second proceedings where the Crown attempts to use it.

Although a literal reading of the section supports the position of the Crown, I am nevertheless of the view that s. 13 does not require that the incriminating character of the evidence be evaluated in the first proceedings as well as in the second. Indeed, the literal approach defeats the nature and purpose of the section and furthermore leads to absurdity. When such is the case, the literal approach should not prevail unless the language used is of "absolute intractability", which is not the case here. The comments of Anglin J. in *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 S.C.R. 589, at p. 624 are, in my view, appropriate to the *Charter* context:

Only 'absolute intractability of the language used' can justify a construction which defeats what is clearly the main object of a statute.

It would be contrary to sound construction to permit the use of a term not altogether apt to defeat the intention of the legislature, which must not be assumed to have foreseen every result that may accrue from the use of a particular word.

This Court has already adopted a purposive approach in the context of the *Charter's* interpretation: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2

«*A witness who testifies*», cette expression, comme celle qu'elle remplace, est destiné à s'appliquer et à protéger les intérêts de la personne dans les procédures subséquentes. En réalité, il est même plus clair dans l'art. 13 que le droit fonctionne au niveau des «autres procédures».

Pour ces motifs, la poursuite ne peut, à mon avis, avoir gain de cause dans cette partie de son argumentation.

Témoignage incriminant

Le texte de l'article mentionne deux fois la notion d'incrimination. Selon la poursuite, cela signifie que le témoignage en cause doit (1) avoir été incriminant dans la première procédure au cours de laquelle il a été donné et (2) être incriminant dans la seconde procédure dans laquelle la poursuite cherche à l'utiliser.

Bien que l'interprétation littérale de l'article étaye la prétention de la poursuite, je suis néanmoins d'avis que l'art. 13 n'exige pas que le caractère incriminant du témoignage soit évalué tant dans la première procédure que dans la seconde. En réalité, l'interprétation littérale va contre la nature et l'objet de l'article et aboutit de plus à une absurdité. Lorsqu'il en est ainsi, l'interprétation littérale ne doit pas s'appliquer à moins d'«irréductibilité absolue» du texte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les commentaires du juge Anglin dans l'arrêt *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 R.C.S. 589, à la p. 624 sont, à mon avis, également pertinents dans le contexte de la *Charte*:

[TRADUCTION] Seule «l'irréductibilité absolue des termes employés» peut justifier une interprétation qui contredit ce qui est manifestement l'objet principal d'une loi.

Il serait contraire à l'interprétation rationnelle de permettre d'utiliser un terme qui ne soit pas entièrement susceptible de contredire l'intention du législateur, dont il ne faut pas présumer qu'il a prévu toutes les conséquences qui peuvent découler de l'emploi d'un mot particulier.

Cette Cour a déjà adopté une analyse fonctionnelle dans le contexte de l'interprétation de la *Charte*; voir les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2

S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. As elaborated in the preceding pages of this judgment, the purpose of the section indicates that the only moment in time which is relevant to the assessment of the incriminating nature of the evidence is the second proceedings.

As regards absurdity, in a great many cases, whether evidence is incriminating or not can only be properly assessed at the time it is being used in the subsequent proceedings, at the time when the Crown seeks to make use of the evidence. How, for example, could one assess the incriminating nature of evidence at the first proceedings, when the witness is not necessarily the accused and when the crime for which the witness may subsequently be charged may not even yet have been committed.

The decision of this Court in *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, presents additional support for the view that the incriminating nature of the evidence must be evaluated in the second proceedings. In that case, a majority of this Court held that the admission in evidence of statements made by an accused to persons in authority, whether inculpatory or exculpatory at the time they were made, was governed by the same considerations that is, by reference to the use which the Crown sought to make of it rather than by its content.

In the context of s. 13, the use which the Crown seeks to make of the evidence can only be ascertained at the time of the second proceedings.

For all of these reasons, I would reject the Crown's argument that the evidence in issue must be incriminating in both the first and second proceedings.

I am also of the view that any evidence the Crown tenders as part of its case against an accused is, for the purpose of s. 13, incriminating evidence. The Crown tenders evidence to support its case and obtain a conviction; it knows best what is incriminating. In a sense, the Crown could be said to be estopped from arguing that the evidence it tenders to that end is not incriminating. Since in this case, the Crown is tendering the evidence as

R.C.S. 145, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. L'objet de cet article, que j'ai dégagé dans les pages précédentes des présents motifs, indique que le seul moment pertinent relativement à l'appréciation de la nature incriminante du témoignage est celui de la seconde procédure.

Pour ce qui est de l'absurdité, dans un grand nombre d'affaires, ce n'est qu'au moment où le témoignage est utilisé dans la procédure subséquente qu'on peut vraiment déterminer s'il est incriminant ou non, c'est-à-dire au moment où la poursuite cherche à utiliser le témoignage comme preuve. Comment peut-on, par exemple, déterminer la nature incriminante du témoignage à la première procédure, lorsque le témoin n'est pas nécessairement l'accusé et lorsque l'infraction dont le témoin peut plus tard être inculpé n'a peut-être même pas encore été commise.

L'arrêt de cette Cour *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, confirme l'avis que la nature incriminante du témoignage doit s'évaluer dans la seconde procédure. Dans cet arrêt, cette Cour a conclu à la majorité que l'admission en preuve de déclarations faites par un accusé à des personnes en situation d'autorité, qu'elles soient justificatives ou incriminantes au moment où elles ont été faites, est soumise aux mêmes critères, c'est-à-dire qu'elle dépend de l'utilisation que la poursuite cherche à en faire plutôt que de leur teneur.

Dans le contexte de l'art. 13, l'utilisation que la poursuite tente de faire du témoignage ne peut se déterminer qu'au moment de la seconde procédure.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'argument de la poursuite que le témoignage en cause doit être incriminant tant dans la première que dans la seconde procédure.

Je suis également d'avis que tout témoignage que la poursuite soumet dans le cadre de sa preuve à charge est, pour les fins de l'art. 13, un témoignage incriminant. La poursuite soumet des témoignages pour étayer sa preuve et obtenir une déclaration de culpabilité; c'est elle qui sait ce qui est incriminant. En un sens, on pourrait dire que la poursuite n'est pas admise à soutenir que le témoignage qu'elle présente à cette fin n'est pas incrimi-

part of its case, which clearly comes within the meaning of "used to incriminate", we need not here address the question of whether those words include resort to the previous testimony for the purpose of cross-examining the accused, were the latter to choose to take the stand again in his or her own defence.

Any Other Proceedings

Having established that s. 13 is a form of protection against self-incrimination, it is still necessary to consider whether this implies that an accused who has chosen to testify should be protected in a retrial of the same offence or one included therein.

I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown's case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(d), and to a lesser extent of s. 11(c). For, the accused is being *conscripted* to help the Crown in discharging its burden of *a case to meet*, and is thereby denied his or her right to stand mute until a case has been made out.

To allow the prosecution to use, as part of its case, the accused's previous testimony would, in effect, allow the Crown to do indirectly what it is estopped from doing directly by s. 11(c), *i.e.* to compel the accused to testify. It would also permit an indirect violation of the right of the accused to be presumed innocent and remain silent until proven guilty by the prosecution, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Our constitutional *Charter* must be construed as a system where "Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts" (P. A. Côté writing about statutory interpretation in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236). The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others (see, for example, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (Ont. C.A.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.); *Reference re Education Act of*

nant. Puisqu'en l'espèce la poursuite présente le témoignage dans le cadre de sa preuve principale, laquelle est manifestement visée par l'expression «utilisé pour l'incriminer», nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si ces termes font référence à l'utilisation du témoignage antérieur dans le but de contre-interroger l'accusé, si ce dernier choisissait de témoigner pour sa propre défense.

Dans d'autres procédures

Après avoir établi que l'art. 13 confère une forme de protection contre l'auto-incrimination, il est aussi nécessaire de déterminer si cela signifie qu'un accusé qui a choisi de témoigner doit être protégé à l'occasion du nouveau procès relativement à la même infraction ou à une infraction comprise.

Je ne vois pas comment le témoignage donné par l'accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l'al. 11d), et à un degré moindre à l'al. 11c), faire partie de la preuve présentée par la poursuite contre l'accusé au second procès. En effet, l'accusé serait alors *forcé* d'aider la poursuite à s'acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu'à ce que la preuve ait été faite.

Permettre à la poursuite d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage antérieur de l'accusé aurait comme conséquence de lui permettre de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11c), *c.-à-d.* contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*. Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où «chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments» (comme l'écrit P.A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la *Charte* en fonction des autres articles (voir, par exemple, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (C.A. Ont.); *R. v. Konechny*, [1984] 2