

**Jeffrey Rose** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. ROSE

File No.: 25448.

1998: February 25; 1998: November 26.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Right to full answer and defence — Defence required to address jury first if witness called and examined — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Trial judge not addressing issue in charge to jury — Whether provisions requiring order of address to jury contrary to Charter rights to fair trial and to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3), (4).*

*Courts — Criminal procedure — Order of addresses to jury — Defence required to address jury first if defence called and examined witnesses — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Constitutional rights to fair trial and to make full answer and defence — Inherent jurisdiction of trial judge — Right of reply.*

Subsection 651(3) of the *Criminal Code* requires counsel for the accused to make his or her closing address to the jury first if witnesses are called and

**Jeffrey Rose** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROSE

N° du greffe: 25448.

1998: 25 février; 1998: 26 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur ce point dans ses directives au jury — Les dispositions qui prescrivent l'ordre dans lequel les exposés doivent être présentés au jury violent-elles les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3), (4).*

*Tribunaux — Procédure criminelle — Ordre de présentation des exposés au jury — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Droits constitutionnels à un procès équitable et à une défense pleine et entière — Compétence inhérente du juge du procès — Droit de réplique.*

Le paragraphe 651(3) du *Code criminel* dispose que l'avocat de l'accusé doit présenter son exposé final au jury en premier si des témoins ont été produits et inter-

examined by the defence. Subsection 651(4) compels this same order of address where two or more accused are tried jointly and any one of them calls and examines witnesses. The principal issue raised in this appeal is whether these provisions contravene either s. 7 (the right to make full answer and defence) or s. 11(d) (fair trial) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The inherent jurisdiction of the trial judge and the right of reply are also implicated.

The accused was convicted of second degree murder. Prior to the closing arguments, counsel for the accused unsuccessfully sought a ruling pursuant to the *Charter* permitting him to address the jury last or to reply to the Crown's closing address. Counsel for the accused addressed the jury first as he had led evidence. The Crown then addressed the jury and twice asked them to draw negative inferences with regard to the accused's credibility based on a particular part of the defence expert witness' evidence. Defence counsel had not made reference to this evidence in his closing address. Following the judge's charge to the jury, defence counsel requested that the trial judge review the evidence on this issue with the jury but he refused to do so.

The accused unsuccessfully appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal. On appeal to this Court, the first and third constitutional questions queried whether s. 651(3) or 651(4) of the *Code* infringe or deny the right of an accused person to a trial in accordance with the principles of fundamental justice and/or the right of an accused person to make full answer and defence (s. 7 of the *Charter*), or to a fair trial at which the accused is presumed innocent (s. 11(d)), and if an infringement were found, the second and fourth queried whether the infringement was a reasonable limit which was demonstrably justified under s. 1.

*Held* (Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The first and third constitutional questions should be answered in the negative; the second and fourth needed not be answered.

*Per* Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: While the claim made in this case was articulated under both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter*, a finding that one provision of the *Charter* has been infringed by the

rogés par la défense. Le paragraphe 651(4) impose le même ordre de présentation lorsque deux accusés ou plus sont jugés conjointement et que l'un d'entre eux produit et interroge des témoins. La question principale que soulève le présent pourvoi est de savoir si ces dispositions contreviennent soit à l'art. 7 (le droit à une défense pleine et entière), soit à l'al. 11d) (le droit à un procès équitable) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La compétence inhérente du juge du procès et le droit de réplique sont aussi concernés.

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Avant la présentation des exposés finals, l'avocat de l'accusé, qui a invoqué la *Charte*, a sollicité en vain une ordonnance l'autorisant à s'adresser au jury en dernier ou à répondre à l'exposé final du ministère public. L'avocat de l'accusé a présenté son exposé au jury en premier étant donné qu'il avait présenté une preuve. Le ministère public s'est ensuite adressé au jury et, par deux fois, lui a demandé de tirer des conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'accusé en se fondant sur une partie précise du témoignage de l'expert de la défense. L'avocat de la défense n'avait pas fait référence à cette partie du témoignage dans son exposé final. Après les directives du juge au jury, l'avocat de la défense a demandé au juge du procès de réexaminer la preuve sur ce point à l'intention du jury, mais le juge a refusé.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de l'accusé. Dans le présent pourvoi, les première et troisième questions constitutionnelles demandent si les par. 651(3) et 651(4) du *Code* enfreignent ou nient le droit d'un accusé à un procès tenu en conformité avec les principes de justice fondamentale ou le droit d'un accusé à une défense pleine et entière (art. 7 de la *Charte*), ou son droit à un procès équitable où il est présumé innocent (art. 11d)) et, dans l'affirmative, les deuxième et quatrième questions demandent si l'atteinte portée constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges McLachlin, Major et Binnie sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. Les première et troisième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; les deuxième et quatrième questions ne nécessitent aucune réponse.

*Les juges* Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache: Bien que l'appelant invoque tant l'art. 7 que l'al. 11d) de la *Charte*, la conclusion que l'une de ces dispositions de la *Charte* a été violée par les dispositions législatives

impugned legislative provisions will entail a finding that the other provision has been infringed as well.

The right to make full answer and defence is one of the principles of fundamental justice protected under s. 7 of the *Charter*. This right does not imply an entitlement to those rules and procedures most likely to result in a finding of innocence. Rather, it entitles the accused to rules and procedures which are fair in the manner in which they enable the accused to defend against and answer the Crown's case.

It is useful to distinguish between two discrete aspects of the right to make full answer and defence. One is the right of the accused to have before him or her the full "case to meet" before answering the Crown's case by adducing defence evidence. A second and broader aspect which encompasses the first is the right of an accused person to defend him- or herself against all of the state's efforts to achieve a conviction. The Crown is not entitled to engage in activities aimed at convicting an accused unless that accused is permitted to defend against those state acts. However, it is not always the case that defending against the Crown's efforts to convict will necessarily imply answering words already spoken or deeds already engaged in by the Crown.

The order of jury addresses does not significantly affect the knowledge that the accused will have, at the time of the defence address, regarding the Crown's theory of the case and interpretation of the evidence. The accused who addresses the jury first may not know in precise detail the manner in which the Crown will articulate to the jury the reasons why it should find the accused guilty. However, the Crown will already have articulated its preliminary theory of the case at the opening of the trial, and will have made fairly clear any refinements or re-directions in this theory through the questions asked of witnesses and through the nature of the non-testimonial evidence adduced. The Crown will not be interpreting any evidence in its jury address of which the defence will not be aware. The defence will also know, as the result of events during the trial, the likely manner in which the Crown will present the evidence to the jury. Moreover, the Crown's ability to take the defence by surprise is severely curtailed by the restrictions placed on the scope of the Crown's closing address to the jury.

contestées entraînera la conclusion que l'autre disposition a aussi été violée.

Le droit à une défense pleine et entière est l'un des principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Il ne signifie pas un droit à l'application des règles et des procédures les plus favorables à un acquittement. Il s'agit plutôt du droit pour l'accusé aux règles et aux procédures qui sont équitables en ce qu'elles lui permettent de répondre aux arguments du ministère public et de se défendre.

Il est utile de distinguer entre deux aspects distincts du droit à une défense pleine et entière. L'un de ces aspects est le droit de l'accusé de connaître la totalité de la «preuve à réfuter» avant de répondre aux arguments du ministère public en présentant sa preuve en défense. Le second aspect du droit à une défense pleine et entière, plus large que le premier et qui l'inclut, est le droit de l'accusé de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas le droit d'agir en vue de faire déclarer l'accusé coupable à moins que ce dernier soit autorisé à se défendre contre les moyens qu'il fait valoir. Cependant, se défendre contre les moyens déployés par le ministère public pour obtenir une déclaration de culpabilité ne veut pas nécessairement dire répondre à des paroles déjà prononcées ou à des actions déjà menées par le ministère public.

L'ordre de présentation des exposés au jury n'a pas de répercussions importantes sur la connaissance qu'a l'accusé, au moment où il présente son exposé, de la thèse du ministère public et de son interprétation de la preuve. L'accusé qui s'adresse au jury en premier ne saura peut-être pas de façon précise de quelle manière le ministère public va présenter au jury les raisons pour lesquelles il devrait déclarer l'accusé coupable. Cependant, le ministère public aura déjà exposé de façon préliminaire sa thèse à l'ouverture du procès et l'accusé aura pu se faire une idée assez claire des précisions ou des nouvelles orientations apportées à cette thèse, grâce aux questions posées aux témoins et à la nature de la preuve non testimoniale déposée. Aucun élément de preuve interprété par le ministère public dans son exposé au jury ne sera inconnu de la défense. La défense saura aussi, en raison des événements survenus au cours du procès, de quelle façon le ministère public présentera vraisemblablement sa preuve au jury. De plus, la possibilité que le ministère public prenne la défense au dépourvu est grandement réduite en raison des limites imposées à l'envergure de l'exposé final que le ministère public présente au jury.

The enterprise of defending oneself against a criminal charge does not intrinsically imply a temporal order of speaking, with the accused “answering” the Crown’s jury address with a jury address in reply. What is being answered in the accused’s jury address is the evidence and the Crown’s theory of the case. The accused’s jury address is his or her opportunity to answer the Crown evidence and theory of the case with argument and persuasion. The social science evidence and the observations of experienced appellate court judges support a finding that the right to address the jury last is not a fundamental advantage. It is not unfair to require an accused to engage one of two equally advantageous jury address procedures. The impugned provisions of the *Code* therefore do not infringe the accused’s right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

In this case, it was open to defence counsel to address an ambiguity in his expert witness’ testimony in his closing address to the jury, to re-examine the witness in order to clarify his testimony, or to ask that the accused be recalled to testify whether he was aware of the condition described by the expert witness. The fact that the Crown adverted to this condition and the defence did not reveals not an unfairness in the jury address procedure but merely a tactical choice by each party as to what to emphasize.

The impugned sections of the *Code* do not infringe the accused’s right to procedural fairness under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* on the basis that they unfairly require the accused to choose between two constitutionally protected rights, namely, the right to testify and to call and examine witnesses in one’s defence, and the right to make full answer and defence to the Crown’s jury address. The accused’s inability to address the jury last is not a violation of the right to make full answer and defence. As such, no unfair choice between two constitutionally protected rights arises.

Sections 651(3) and (4) do not infringe upon the accused’s right to that presumption of innocence. A properly instructed jury would not presume guilt on the part of the accused from the fact that he or she addresses the jury first following the presentation of the evidence. The trial judge must instruct a jury in clear terms that it is the prosecution which bears the burden of proving the

Se défendre contre une accusation criminelle n’implique pas intrinsèquement que l’on prenne la parole dans un ordre temporel donné, c’est-à-dire que l’accusé «réponde» à l’exposé du ministère public par un contre-exposé. Ce à quoi l’accusé répond dans l’exposé au jury, c’est à la preuve et à la thèse du ministère public. L’exposé au jury constitue l’occasion pour l’accusé de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public en usant d’arguments et de persuasion. Les études des sciences sociales et les observations faites par des juges d’expérience siégeant en appel permettent de conclure que le droit de s’adresser au jury en dernier n’est pas un avantage fondamental. Il n’est pas inéquitable d’exiger que l’accusé présente son exposé au jury en conformité avec l’une ou l’autre des deux méthodes prévues, l’une et l’autre étant également avantageuses. Les dispositions contestées du *Code* ne portent donc pas atteinte au droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière protégé par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

En l’espèce, il était loisible à l’avocat de la défense, dans son exposé final au jury, de dissiper une ambiguïté du témoignage de son témoin expert, de réinterroger le témoin afin de clarifier son témoignage ou de demander que l’accusé soit rappelé pour témoigner quant à la question de savoir s’il avait remarqué le phénomène décrit par l’expert. Le fait que le ministère public y ait fait allusion, alors que l’accusé ne l’avait pas fait, ne révèle pas le manque d’équité de la procédure suivie pour présenter les exposés au jury, mais simplement un choix tactique effectué par chaque partie quant aux éléments sur lesquels il fallait insister.

Les dispositions contestées du *Code* ne portent pas atteinte au droit de l’accusé à l’équité procédurale garanti par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* pour le motif qu’elles exigent injustement que l’accusé choisisse entre deux droits protégés par la Constitution, c’est-à-dire, le droit de produire et d’interroger des témoins pour sa propre défense, et le droit de présenter une défense pleine et entière pour réfuter l’exposé du ministère public au jury. Le fait que l’accusé ne puisse s’adresser au jury en dernier ne constitue pas une violation du droit de présenter une défense pleine et entière. Il n’y a donc pas de choix injuste à faire entre deux droits protégés par la Constitution.

Les paragraphes 651(3) et (4) ne portent pas atteinte au droit de l’accusé d’être présumé innocent. Un jury ayant reçu des directives appropriées ne présumerait pas que l’accusé est coupable parce qu’il s’adresse à lui en premier, après la présentation de la preuve. Le juge du procès doit expliquer au jury, au moyen de directives claires, que c’est la poursuite qui a le fardeau de prouver

accused's guilt beyond a reasonable doubt and a failure to do so will justify a new trial. Moreover, the entire trial itself proceeds on the same basis.

The principles outlined with respect to s. 651(3) mandate a finding that the s. 651(4) is similarly constitutional. Even though, in the case of multiple accused, one or more accused may be forced to address the jury before the Crown does so even when he or she did not call and examine witnesses, the fact that the accused did not have the choice to address the jury before the Crown is of no consequence as the order of address does not infringe the *Charter* rights of an accused.

There are two approaches available to a trial judge to remedy unfairness resulting from an improper closing address. First, if a trial judge is of the opinion that an irregularity in counsel's address has jeopardized the fairness of the trial, then, in most situations, it may be rectified by a specific correcting reference to it in the charge to the jury. This should suffice in most cases. Second, if the trial judge is of the opinion that curative instructions alone will not suffice to remedy the damage, then in those relatively rare situations, the prejudiced party may be granted a limited opportunity to reply.

It is the duty of the trial judge to present the case for the defence as fully and fairly as the case for the Crown. If there is unfairness in the Crown's address, a complaint can be brought to the attention of the trial judge who should correct any mistake by Crown counsel in overstepping the bounds of propriety, resulting in an unfair trial. Here, it would have been preferable if the trial judge had directed the jury to consider the qualifying testimony of the defence witness. However, in light of the evidence presented in this case and taking into account the entire charge to the jury no miscarriage of justice resulted from his failure to do so.

The obligation of a trial judge to ensure that an accused's right to a fair trial is preserved has been enshrined in s. 11(d) of the *Charter*. However, the inherent jurisdiction of superior court judges to remedy procedural unfairness during the trial has always existed at common law. It cannot be circumvented by narrow or confining statutory language and can only be removed

la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et le défaut de donner ces directives justifiera la tenue d'un nouveau procès. Au surplus, le déroulement de tout le procès repose sur ce principe.

Les principes énoncés relativement au par. 651(3) commandent de conclure que le par. 651(4) est constitutionnel pour des raisons similaires. Même si, dans le cas où il y a plus d'un accusé, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être forcés de s'adresser au jury avant le ministère public, même s'ils n'ont pas eux-mêmes produit et interrogé de témoins, le fait que l'accusé ait été obligé de s'adresser au jury avant le ministère public est sans conséquence, étant donné que l'ordre de présentation des exposés ne porte pas atteinte aux droits d'un accusé garantis par la *Charte*.

Le juge du procès dispose de deux moyens pour remédier au manque d'équité résultant d'un exposé final incorrect. Premièrement, si le juge du procès est d'avis qu'une irrégularité de l'exposé des avocats a compromis le caractère équitable du procès, dans la plupart des cas, il peut y remédier en apportant une correction dans ses directives au jury. Cela devrait suffire dans la plupart des cas. Deuxièmement, dans les cas relativement rares où le juge du procès estime que des directives correctrices seules ne suffiront pas à réparer le préjudice, il peut accorder à la partie lésée un droit de réplique limité.

Le juge du procès a l'obligation de présenter les arguments de la défense d'une manière aussi complète et juste que ceux du ministère public. Si l'exposé du ministère public est injuste, la défense peut porter plainte au juge du procès, qui doit corriger les erreurs que le substitut du procureur général a commises en dépassant les bornes et qui sont susceptibles de conduire à un procès inéquitable. En l'espèce, il aurait été préférable que le juge du procès demande au jury de prendre en considération la précision apportée dans le témoignage du témoin de la défense. Cependant, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce et compte tenu de l'ensemble des directives du juge au jury, aucune erreur judiciaire n'a été commise en raison de cette omission.

L'obligation du juge du procès de veiller au respect du droit de l'accusé à un procès équitable a été constitutionnalisée à l'al. 11(d) de la *Charte*. Cependant, la compétence inhérente des juges des cours supérieures de remédier à un manque d'équité procédurale au cours du procès a toujours existé en common law. Cette compétence inhérente ne peut être battue en brèche au moyen

by clear and precise statutory language. Such language is not found in s. 651.

Where the Crown is entitled to address the jury last pursuant to s. 651, the trial judge may exercise the court's residual discretion and grant defence counsel an opportunity to reply in those limited circumstances where the accused's ability to make a full answer and defence and his or her right to a fair trial have been prejudiced. Such prejudice may arise where the substantive legal theory of liability which the Crown has added or substituted in its closing has so dramatically changed that the accused could not reasonably have been expected to answer such an argument. It may also be appropriate to grant a reply where the accused is actually misled by the Crown as to the theory intended to be advanced. It is only in the clearest cases of unfairness that the trial judge should grant an opportunity to reply as an exercise of inherent jurisdiction. The reply must be confined to those issues improperly dealt with by Crown counsel and cannot be used simply to restate the original position of the defence or to advance new arguments or theories.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: The reasons of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. were substantially agreed with. Sections 651(3) and (4) of the *Code* do not violate the *Charter*. Though there are compelling reasons for Parliament to decide to change the order in which closing addresses are given, the current model does not implicate the fundamental constitutional interest protected by ss. 7 and 11(d).

The appellant did not show that delivering the last address to the jury gives the Crown an inherent advantage over the defence. In addition, the right to full answer and defence does not require that the defendant be entitled to respond to what is put forward in the Crown's closing address to the jury. The ability to answer what is said by the Crown in its address is not fundamental to the ability to defend oneself effectively against a criminal charge which must be proven, on the facts, beyond a reasonable doubt. The comments of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. on the duty of a trial judge to remedy unfairness caused by an improper jury address were agreed with, as well as their conclusion that no miscarriage of justice arose from the trial judge's failure to do so in this case.

d'un texte législatif étroit ou restrictif et ne peut être abolie que par un texte législatif clair et précis. L'article 651 ne constitue pas ce texte clair et précis.

Lorsque le ministère public a le droit de s'adresser au jury en dernier conformément à l'art. 651, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et accorder à la défense un droit de réplique dans les cas limités où il y a atteinte à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et à son droit à un procès équitable. Un tel préjudice peut survenir lorsque le ministère public a tellement modifié la thèse relative à la responsabilité qu'il avançait initialement, en ajoutant des éléments ou en remplaçant des éléments, que l'on ne peut plus raisonnablement continuer de supposer que l'accusé peut répondre à une telle argumentation. Il peut aussi être approprié d'accorder un droit de réplique lorsque l'accusé est induit en erreur par le ministère public quant à la thèse qu'il entend avancer. Ce n'est que dans les cas de manquement manifeste à l'équité que le juge du procès devrait accorder un droit de réplique en vertu de sa compétence inhérente. La réplique doit porter uniquement sur les questions dont le ministère public a traité de façon incorrecte. La défense ne peut s'en servir pour réaffirmer simplement sa position initiale ni pour faire valoir de nouveaux arguments ou de nouvelles thèses.

*Le juge* L'Heureux-Dubé: Les motifs des juges Cory, Iacobucci et Bastarache sont acceptés pour l'essentiel. Les paragraphes 651(3) et (4) du *Code* ne contreviennent pas à la *Charte*. Bien qu'il existe des raisons sérieuses qui justifieraient le Parlement de décider de modifier l'ordre de présentation des exposés au jury, le modèle actuel ne fait pas intervenir les droits constitutionnels fondamentaux protégés par l'art. 7 et l'al. 11(d).

L'appellant n'a pas établi qu'en s'adressant au jury en dernier, le ministère public bénéficie d'un avantage inhérent sur la défense. De plus, le droit à une défense pleine et entière ne requiert pas que le défendeur ait le droit de répondre à ce qu'avance le ministère public dans son exposé au jury. La possibilité de répondre à ce qu'avance le ministère public dans son exposé n'est pas indispensable pour qu'un accusé puisse se défendre efficacement contre une accusation criminelle qui doit être prouvée, dans les faits, hors de tout doute raisonnable. Il y a accord avec les remarques des juges Cory, Iacobucci et Bastarache sur l'obligation qu'a le juge du procès de remédier à l'injustice attribuable à un exposé incorrect, de même qu'avec leur conclusion que l'omission du juge du procès en l'espèce n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

A right by defence counsel to reply to the Crown's address cannot be granted under the trial judge's inherent jurisdiction. Parliament can exclude the inherent jurisdiction with clear and precise statutory language. The French and English texts of ss. 651(3) and (4) of the *Code* make it clear that Parliament has not left open the possibility that the judge may grant a right of reply under the inherent jurisdiction. Though it may be appropriate in certain cases to make an order under s. 24(1) of the *Charter* granting a reply, this issue need not be determined in this case.

*Per* Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. (dissenting): An accused has a constitutional right to answer whatever is put against him or her by the Crown, whether in evidence or in argument. He or she cannot fairly be expected to answer a closing address that has not yet been made. Here, the accused's right to answer what was said to his prejudice by the Crown in its closing address was denied by s. 651 of the *Code* because of the prior decision of the defence to call witnesses. The right to call evidence and the right to answer the Crown's attack are both fundamental rights and an accused cannot constitutionally be required to choose between them. The imposition of such an election by s. 651 and the consequent denial of the right to make full answer and defence violated both s. 7 and s. 11 of the *Charter*.

In the realities of a courtroom it is often as vital for a party to address the "spin" as it is to address the underlying "fact". While counsel ought to avoid submissions that are not supported by the evidence, most trials turn on disputes about what inferences are in fact supported by the evidence. The accused may be prejudiced where the Crown, having heard the accused's address to the jury, has the ability to use the right of final address to reorient its argument, build its case on the "gaps" in the address of the accused without fear of the likelihood of reply, and develop a new spin on a piece of evidence whose significance had not been anticipated or addressed by the accused. The Crown's closing address adds to the jeopardy of the accused and thereby itself attracts the right to full answer and defence. Although the Crown suffers corresponding disadvantages when it is obliged to give the first address, as between the Crown and the defence, the inadequacies of the "two-speech" approach must be allowed to fall on the Crown.

Le droit de répondre à l'exposé du ministère public ne peut pas être accordé à l'avocat de la défense dans le cadre de l'exercice de la compétence inhérente du juge du procès. Le législateur fédéral peut exclure l'exercice de la compétence inhérente en employant des termes clairs et précis en ce sens. Compte tenu des versions française et anglaise des par. 651(3) et (4) du *Code*, il est clair que le législateur fédéral a écarté la possibilité que le juge puisse accorder un droit de réplique dans le cadre de l'exercice de sa compétence inhérente. Bien qu'il puisse être approprié dans certains cas de rendre une ordonnance fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder un droit de réplique, il n'est pas nécessaire ici de statuer sur ce point.

*Le* juge en chef Lamer et les juges McLachlin, Major et Binnie (dissidents): L'accusé a le droit constitutionnel de répondre à tout ce qui est allégué contre lui par le ministère public, que ce soit sous forme de preuve ou d'argumentation. En toute équité, on ne peut s'attendre à ce que l'accusé puisse répondre à un exposé final qui n'a pas encore été présenté. En l'espèce, le droit de l'accusé de répondre aux allégations préjudiciables faites contre lui par le ministère public dans son exposé final lui a été refusé par l'application de l'art. 651 du *Code*, en raison de la décision qu'avait prise la défense plus tôt dans le procès de présenter des témoins. Le droit de présenter des témoins et celui de répondre à l'attaque du ministère public sont tous les deux des droits fondamentaux et l'accusé ne peut pas être constitutionnellement forcé de choisir entre les deux. Ce choix imposé par l'art. 651 et la négation qui s'en suit du droit à une défense pleine et entière violent à la fois l'art. 7 et l'art. 11 de la *Charte*.

Dans la réalité de la salle d'audience, il est souvent tout aussi vital pour une partie de savoir faire face à «l'image» créée par les faits qu'aux «faits» eux-mêmes. Bien que les avocats doivent éviter de faire des observations qui ne s'appuient pas sur la preuve, la plupart des procès portent sur la question de savoir quelles inférences sont étayées par la preuve. L'accusé peut subir un préjudice lorsque le ministère public, après avoir entendu l'exposé de l'accusé au jury, a la possibilité d'utiliser son droit de s'adresser au jury en dernier pour réorienter son argumentation, faire fond sur les «lacunes» de l'exposé de l'accusé sans crainte de possibilité de réplique, et présenter sous un nouvel éclairage favorable un élément de preuve dont l'accusé n'avait pas prévu l'importance ou dont il n'a pas parlé. L'exposé final du ministère public ajoute au péril auquel est exposé l'accusé et, par conséquent, fait intervenir le droit à une défense pleine et entière. Bien que le ministère public subisse les mêmes désavantages lorsqu'il

The Crown, unlike the accused, does not enjoy s. 7 *Charter* rights.

There is a lack of logic in a system that places the ultimate onus of proof of guilt squarely on the Crown, yet requires an accused to answer the Crown's arguments before they are made. The accused should not be compelled to address what he or she believes to be the prosecution theory, and then be relegated (and even then only in "exceptional cases") to a reply at the discretion of the trial judge, or to a corrective instruction, where Crown submissions to the jury are misleading or unsupported by the evidence.

The "corrective instruction" alternative suffers from the weakness that the jury would get the "correction" filtered through the eyes of the judge — not straight from the camp of the accused. If the concept of full answer and defence is to operate effectively in an adversarial system, the "answer" belongs to the adversary, not to the judge.

Defence counsel here did not make a "strategic decision" to ignore the evidence. His problem was not the particular evidence as such, but the specific way in which that evidence was used (or misused) by the Crown after defence counsel had finished his address to the jury. The debate about the tactical advantages of addressing the jury first or last cannot determine the scope of the right to answer, if an accused wishes to do so, the totality of what is put against him or her. Finally, while the decision whether or not to call defence witnesses may be based on a broad mix of strategic considerations, there is no justification for including amongst such considerations the threat of forfeiture of the right to address the jury last. The fact an accused elects to call witnesses should be independent of his or her right subsequently to answer whatever the Crown seeks to use to the accused's prejudice in closing argument before the jury.

Section 651 is not compatible with the s. 7 rights of an accused person to make full answer and defence. There are structural problems inherent in s. 651 which cannot be brushed aside with the response that s. 7 does not require the fairest of all possible procedures. The accused was required as a condition of calling defence

doit présenter son exposé en premier, entre le ministère public et la défense, il faut accepter que ce soit le ministère public qui ait à subir les conséquences des lacunes du modèle à «deux discours». Le ministère public, au contraire de l'accusé, ne bénéficie pas des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

Il y a manquement à la logique lorsqu'un système qui fait carrément porter au ministère public le fardeau de la preuve de la culpabilité exige pourtant de l'accusé qu'il réponde aux arguments du ministère public avant qu'ils n'aient été présentés. L'accusé ne devrait pas avoir à répondre à ce qu'il croit être les thèses de la poursuite pour ensuite ne plus avoir droit (et encore, dans des «cas exceptionnels seulement») qu'à une réplique, si le juge du procès le veut bien, ou à une directive correctrice, lorsque les arguments présentés par le ministère public au jury sont trompeurs ou ne sont pas appuyés sur la preuve.

L'autre solution, soit la «directive correctrice», a l'inconvénient que la «correction» ne parviendrait au jury que filtrée par le juge — et non directement du camp de l'accusé. Pour que le concept de défense pleine et entière prenne véritablement son sens dans un système accusatoire, il faut que la «réponse» appartienne à l'accusé, et non au juge.

L'omission par l'avocat de la défense de traiter de la preuve en l'espèce ne relevait pas d'un «choix stratégique». Ce n'est pas la preuve comme telle qui lui posait un problème, mais la façon particulière dont un élément de preuve a été utilisé (ou mal utilisé) par le ministère public après que l'avocat de la défense eut terminé son exposé au jury. Le débat sur les avantages tactiques de s'adresser au jury en premier ou en dernier ne peut déterminer l'étendue du droit de l'accusé de répondre, s'il le désire, à l'ensemble de ce qu'on lui reproche. Finalement, bien que la décision de présenter ou non des témoins en défense puisse être fondée sur un vaste amalgame de considérations stratégiques, il n'y a aucune raison d'y inclure la possibilité de perdre le droit de s'adresser au jury en dernier. Le fait qu'un accusé choisisse de présenter des témoins devrait être indépendant de son droit de répondre subséquemment à tout ce que le ministère public cherche à utiliser à son désavantage dans l'exposé final qu'il présente au jury.

L'article 651 n'est pas compatible avec le droit garanti par l'art. 7 à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Il y a des problèmes structurels inhérents à l'art. 651 qui ne peuvent être écartés par la réponse que l'art. 7 n'exige pas la plus équitable de toutes les procédures possibles. L'accusé a été obligé de



evidence to forfeit his right to answer the Crown's argument. The breach of s. 7 precipitated a breach of s. 11(d) fair trial rights. If in the operation of an otherwise constitutional procedure a *Charter* violation occurs that vitiates a particular trial, a s. 24(1) remedy is available. Where, as here, the unfairness flows from an antecedent s. 7 *Charter* violation that attaches to the statutory scheme of s. 651 itself, the appropriate remedy is found in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*. Accordingly, the remedy must be directed to s. 651 itself. The reasoning in relation to s. 651(3) is applicable *mutatis mutandis* to s. 651(4).

The Crown conceded that there was no s. 1 justification for this violation. There is no redeeming merit to justify the requirement that the accused purchase the right to answer the Crown's closing argument at the expense of giving up his or her right to call evidence.

#### Cases Cited

By Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.

**Referred to:** *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. xv; *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *Gray v. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597; *Raysor v. State*, 272 So.2d 867 (1973); *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738; *R. v. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431, aff'd [1995] 4 S.C.R. 53; *R. v. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80, aff'd [1992] 1 S.C.R. 1014; *R. v. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312; *R. v. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88; *R. v. F.G.*, [1994] M.J. No. 732; *R. v. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458; *R. v. Pouliot*, [1993] 1 S.C.R. 456, rev'g (1992), 47 Q.A.C. 1;

renoncer à son droit de répondre à l'argumentation du ministère public pour faire entendre des témoignages pour sa défense. La violation de l'art. 7 a entraîné la violation de son droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d). Si l'application d'une procédure par ailleurs constitutionnelle donne lieu à une violation de la *Charte* qui vicie un procès donné, on peut avoir recours au par. 24(1). Lorsque, comme en l'espèce, le manquement à l'équité découle d'une violation antérieure de l'art. 7 qui tient à l'esprit de l'art. 651 même, la réparation appropriée se trouve au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non au par. 24(1) de la *Charte*. Par conséquent, la réparation doit viser l'art. 651 lui-même. Le raisonnement se rapportant au par. 651(3) est applicable *mutatis mutandis* au par. 651(4).

Le ministère public a admis qu'il n'y avait pour cette violation aucune justification en vertu de l'article premier. Aucun motif ne saurait justifier l'exigence que l'accusé paie de l'abandon de son droit de citer des témoins le droit de répondre à l'exposé final du ministère public.

#### Jurisprudence

Citée par les juges Cory, Iacobucci et Bastarache

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv; *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *Gray c. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597; *Raysor c. State*, 272 So.2d 867 (1973); *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738; *R. c. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431, conf. par [1995] 4 R.C.S. 53; *R. c. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80, conf. par [1992] 1 R.C.S. 1014; *R. c. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312; *R. c. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88; *R. c. F.G.*, [1994] M.J. n° 732; *R. c. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458; *R. c. Pouliot*, [1993] 1 R.C.S. 456,

*R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152; *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81; *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475; *R. v. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133; *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70; *R. v. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150; *R. v. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Bailey v. State*, 440 A.2d 997 (1982).

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Crimes Act*, as amended, 1966 (Australia).  
*Crimes Act 1961*, as amended by *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 (N.Z.) No. 98.  
*Crimes Act 1976*, 1976 (Victoria), No. 8870, s. 417.  
*Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act 1997* (New South Wales), Schedule 1.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3), (4).  
*Criminal Code Act 1899*, 1899 (Queensland), No. 9, as amended, s. 619.  
*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 52.  
*Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975* (South Australia), s. 288.  
*Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964*, 1964 (U.K.), c. 34.  
*U.S. Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 29.1.

inf. (1992), 47 Q.A.C. 1; *R. c. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152; *Selvey c. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81; *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475; *R. c. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133; *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70; *R. c. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150; *R. c. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Bailey c. State*, 440 A.2d 997 (1982).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3), (4).  
*Crimes Act*, et modifications, 1966 (Australie).  
*Crimes Act 1961*, modifiée par *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 (N.-Z.), n° 98.  
*Crimes Act 1976*, 1976 (Victoria), n° 8870, art. 417.  
*Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act 1997* (Nouvelle-Galles du Sud), annexe 1.  
*Criminal Code Act 1899*, 1899 (Queensland), n° 9, et modifications, art. 619.  
*Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975* (Australie-Méridionale), art. 288.  
*Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964*, 1964 (R.-U.), ch. 34.  
*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 52.  
*U.S. Federal Rules of Criminal Procedure*, règle 29.1.

**Authors Cited**

- Canada. Law Reform Commission. *Report on the Jury*. Ottawa: Law Reform Commission, 1982.
- Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
- Lana, Robert E. "Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications" (1961), 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573.
- Lawson, Robert G. "The Law of Primacy in the Criminal Courtroom" (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121.
- Ontario. The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report), vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.
- Saks, Michael J., and Reid Hastie. *Social Psychology in Court*. New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1978.
- Schultz, D. P. "Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework" (1963), 13 *Psychol. Rec.* 129.
- Shakespeare, William. *Julius Caesar*. The Arden Edition of the Works of William Shakespeare. Ed. by T. S. Dorsch. London: Arden Shakespeare Paperbacks, 1955.
- Sopinka, John. "The Many Faces of Advocacy", [1990] *Advocates Soc. J.* 3.
- Sopinka, John, Sidney Lederman and Alan Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanford, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*. Charlottesville, Va.: The Michie Co., 1983.
- Tanford, J. Alexander. "An Introduction to Trial Law" (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623.
- Tanford, J. Alexander. "Closing Argument Procedure" (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47.
- White, Robert B. *The Art of Trial*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Fourth Report, "Order of Closing Speeches". Cmnd. 2148. London: H.M. Stationery Office, 1963.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 28 O.R. (3d) 602, 134 D.L.R. (4th) 628, 90 O.A.C. 193, 106 C.C.C. (3d) 402, 47 C.R. (4th) 323, 35 C.R.R. (2d) 229, [1996] O.J. No. 1554 (QL), dismissing an appeal from conviction by Granger J. sitting with jury. Appeal dismissed, Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. dissenting. The first and third constitutional questions should be answered in the nega-

**Doctrine citée**

- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur le jury*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1982.
- Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
- Lana, Robert E. «Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications» (1961), 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573.
- Lawson, Robert G. «The Law of Primacy in the Criminal Courtroom» (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121.
- Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *La Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin: Rapport* (Rapport Kaufman), vol. 1. Toronto: Ministère du Procureur général, 1998.
- Saks, Michael J., and Reid Hastie. *Social Psychology in Court*. New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1978.
- Schultz, D. P. «Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework» (1963), 13 *Psychol. Rec.* 129.
- Shakespeare, William. *Jules César*. Œuvres de William Shakespeare. Traduit par F.-V. Hugo. Paris. Édition de Cluny, 1938.
- Sopinka, John. «The Many Faces of Advocacy», [1990] *Advocates Soc. J.* 3.
- Sopinka, John, Sidney Lederman and Alan Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanford, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*. Charlottesville, Va.: The Michie Co., 1983.
- Tanford, J. Alexander. «An Introduction to Trial Law» (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623.
- Tanford, J. Alexander. «Closing Argument Procedure» (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47.
- White, Robert B. *The Art of Trial*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Fourth Report, «Order of Closing Speeches». Cmnd. 2148. London: H.M. Stationery Office, 1963.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 28 O.R. (3d) 602, 134 D.L.R. (4th) 628, 90 O.A.C. 193, 106 C.C.C. (3d) 402, 47 C.R. (4th) 323, 35 C.R.R. (2d) 229, [1996] O.J. n° 1554 (QL), qui a rejeté un appel formé contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Granger siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges McLachlin, Major et Binnie sont dissidents. Les première et troisième

tive; it was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

*Keith E. Wright and Ralph B. Steinberg*, for the appellant.

*Michael Bernstein*, for the respondent.

*Donna Valgardson and Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

*Alexander Budlovsky*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

#### I. Introduction

In this case, on a charge of second degree murder, Crown counsel addressed members of the jury last, and asked them to draw damaging inferences from the failure of the appellant to deal in his testimony with the presence or absence of blue colouration *post mortem* in the face of his alleged victim. The appellant, who claimed to be taken by surprise by this aspect of the closing address, asked to respond to the Crown's attack. The trial judge declined to give him that opportunity. The accused was convicted. My colleagues, Justices Cory, Iacobucci and Bastarache, at para. 109, state that:

The enterprise of defending oneself against a criminal charge does not intrinsically imply a temporal order of speaking, with the accused "answering" the Crown's jury address with a jury address in reply.

questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

*Keith E. Wright et Ralph B. Steinberg*, pour l'appelant.

*Michael Bernstein*, pour l'intimée.

*Donna Valgardson et Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

*Alexander Budlovsky*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges McLachlin, Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

#### I. Introduction

Dans la présente affaire portant sur une accusation de meurtre au deuxième degré, le substitut du procureur général s'est adressé au jury en dernier et lui a demandé de tirer des conclusions préjudiciables du fait que l'appelant n'a pas parlé dans son témoignage de la présence ni de l'absence d'une coloration bleue *post mortem* du visage de sa présumée victime. L'appelant, qui affirme avoir été pris au dépourvu par cet aspect de l'exposé final, a demandé l'autorisation de répondre à l'attaque du ministère public. Le juge du procès a rejeté la demande. L'accusé a été déclaré coupable. Mes collègues, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, affirment ce qui suit au par. 109:

Se défendre contre une accusation criminelle n'implique pas intrinsèquement que l'on prenne la parole dans un ordre temporel donné, c'est-à-dire que l'accusé «réponde» à l'exposé du ministère public par un contre-exposé.

<sup>2</sup> In my view, an accused does have a constitutional right to answer whatever is put against him by the Crown, whether in evidence or in argument. He cannot fairly be expected to answer a closing address that has not yet been made. The appellant's right to answer what was said to his prejudice by the Crown in its closing address was denied in this case by s. 651 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, because of the prior decision of the defence to call witnesses for the defence. The right to call evidence and the right to answer the Crown's attack are both fundamental rights and an accused cannot constitutionally be required to choose between them. In my view, the imposition of such an election by s. 651 and the consequent denial of the right to make full answer and defence violated both s. 7 and s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

## II. Facts

<sup>3</sup> The facts are analysed in the reasons of my colleagues and I will not repeat them here, except where it is desirable to do so for purposes of emphasis.

<sup>4</sup> The accused was charged with the murder of his mother. He testified that he happened upon her unconscious body in the family home. The prosecution's position at trial was that the son had strangled the mother. There was a considerable body of evidence in support of the Crown's theory. The appellant, however, denied killing his mother and testified that she had taken her own life by hanging herself. The defence pointed to her history of depression and suicide attempts. The appellant testified that when he innocently discovered her unconscious body in the home he panicked and disposed of it to make it look as if she had disappeared. He was afraid that in light of the known tensions between him and his mother he would be falsely blamed for her death, he said.

<sup>5</sup> Evidence was called that the mother suffered suicidal tendencies. Her employer, neighbour and former companion Peter Martin, who was unre-

À mon avis, l'accusé a bel et bien le droit constitutionnel de répondre à tout ce qui est allégué contre lui par le ministère public, que ce soit sous forme de preuve ou d'argumentation. En toute équité, on ne peut s'attendre à ce que l'accusé puisse répondre à un exposé qui n'a pas encore été présenté. Le droit de l'appelant de répondre aux allégations préjudiciables faites contre lui par le ministère public dans son exposé final lui a été refusé en l'espèce par l'application de l'art. 651 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en raison de la décision qu'avait prise la défense plus tôt dans le procès de présenter des témoins. Le droit de faire entendre des témoins et celui de répondre à l'attaque du ministère public sont tous les deux des droits fondamentaux et l'accusé ne peut pas être constitutionnellement forcé de choisir entre les deux. À mon avis, ce choix imposé par l'art. 651 et la négation qui s'en suit du droit à une défense pleine et entière violent à la fois l'art. 7 et l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## II. Les faits

Mes collègues analysent les faits dans leurs motifs et je ne les rappellerai ici que lorsque j'estimerai souhaitable d'en souligner certains aspects.

L'appelant a été accusé du meurtre de sa mère. Il a témoigné avoir trouvé le corps de sa mère inerte dans la demeure familiale. Au procès, la poursuite a soutenu que le fils avait étranglé la mère. La thèse du ministère public s'appuie sur une preuve imposante. L'appelant a toutefois nié avoir tué sa mère et il a témoigné qu'elle s'était pendue. La défense a rappelé ses antécédents de dépression et ses tentatives de suicide antérieures. L'appelant a témoigné que, lorsqu'il a innocemment découvert le corps inerte de sa mère dans la maison, il a paniqué et s'en est débarrassé de manière à faire croire à une disparition. Il a dit craindre d'être blâmé à tort pour sa mort parce que les tensions entre lui et sa mère étaient notoires.

Un témoin est venu dire que la mère souffrait de tendances suicidaires. Son employeur, voisin et ancien compagnon, Peter Martin, qui n'a aucun

lated to the appellant, testified that the mother was generally an unhappy person who kept to herself a great deal, and who suffered from extreme depression from time to time. He was aware of three prior suicide attempts by her. In the early 1980s, Martin had found her asleep in her bedroom with an empty pill bottle nearby. She recovered, however, without hospitalization. In the mid-1980s, Martin was called to the Rose residence by the appellant. Martin found the mother to be mumbling incoherently, with an empty pill bottle nearby. She was hospitalized for about one week. In September, 1989, Martin went to visit the mother and found her in her bedroom, again mumbling incoherently and “quite a mess physically”. She was admitted to hospital for about one week. She was very depressed and reclusive prior to making each of these three suicide attempts.

Much of the expert testimony was consistent with both the theory of the Crown and the theory of the defence. Both sides called forensic pathologists. Both experts testified that the cause of death was soft asphyxiation. Both experts believed that this could have resulted from either strangulation with a soft ligature (the Crown theory) or soft hanging (the defence theory).

#### *Emergence of the “Blue-Face” Evidence*

The defence’s expert, Dr. Jaffe, was the last witness for the defence. Towards the conclusion of the Crown’s cross-examination, Dr. Jaffe was asked about facial colouration, as follows:

Q. A[mi]d the situations where there is a soft hanging, is it sometimes the case that the head and face, with the ligature still around the neck, becomes congested and blue . . . if I may use that?

A. Blue . . . .

lien de parenté avec l’appellant, a témoigné que la mère était généralement une personne malheureuse qui avait tendance à s’isoler, et qui à l’occasion avait des moments de dépression extrême. Il a eu connaissance de trois tentatives de suicide. Au début des années 80, Martin l’avait trouvée endormie dans sa chambre avec une bouteille de pilules vide à côté d’elle. Elle s’était toutefois remise sans devoir être hospitalisée. Au milieu des années 80, Martin avait été appelé à la résidence des Rose par l’appellant. Martin avait trouvé la mère en train de marmonner de manière incohérente avec à ses côtés une bouteille de pilules vide. Elle avait été hospitalisée pendant une semaine environ. En septembre 1989, Martin avait rendu visite à la mère et l’avait trouvée dans son lit, encore une fois marmonnant de manière incohérente et dans un [TRADUCTION] «état physique abominable». Elle avait été admise à l’hôpital pendant environ une semaine. Elle était très déprimée et vivait en recluse dans la période qui a précédé chacune de ces trois tentatives de suicide.

Une bonne partie du témoignage d’expert est compatible tant avec la thèse du ministère public qu’avec la thèse de la défense. Les deux parties ont cité un pathologiste qui a déposé une expertise médico-légale. Ces deux experts ont témoigné que la mort est due à l’asphyxie (soft asphyxiation). Tous deux croyaient que cela pouvait résulter soit d’une strangulation au lien, avec compression légère (la thèse du ministère public) soit d’une pendaison sans violence (la thèse de la défense).

#### *Témoignage relatif à la «coloration bleue du visage»*

La défense a fait entendre son expert, le Dr Jaffe, comme dernier témoin. Vers la fin de son contre-interrogatoire, le ministère public lui a posé des questions au sujet de la coloration du visage de la victime:

[TRADUCTION]

Q. Dans les cas où il y a pendaison sans violence, arrive-t-il parfois que la tête et le visage, lorsque le lien est encore autour du cou, deviennent congestionnés et bleus. . . si l’on peut dire?

R. Bleus. . .

6

7

Q. And is that in some cases, in most cases or. . . ?

A. Well a ligature around the neck which constricts the veins produces a purple/blue face above the ligature, but if after death or shortly after death the ligature is removed, blood drains back from the head and neck. . . . as long as the blood is still flowing. . . . and by the time the pathologist sees the person there may be no blue face any more.

Q. But that blueness in the face would certainly be visible at the time one came upon this person with the ligature still around the neck, would that be generally the case?

A. Well certainly, a reasonably skilled observer would notice it, yes.

Q. Is this something that's localized or generally observable throughout the face?

A. It usually involves the entire head above the ligature. [Emphasis added.]

8 The Crown did not ask, and the defence did not pursue in re-examination, whether Dr. Jaffe's reference to a "reasonably skilled observer" could include the appellant. The Crown initiated the topic of facial colouration. There was no suggestion the appellant had any medical training or medical skills. Nobody asked the appellant at the time he gave his evidence whether in fact he had noticed a blue colouration. Dr. Jaffe's testimony ended the evidentiary phase of the trial.

#### *The Jury Addresses*

9 Counsel for the defence, despite having called evidence, applied to the trial judge to be allowed to address the jury last. This request was denied, and predictably so in light of the prior Ontario Court of Appeal ruling in *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304. In accordance with s. 651(3) of the *Code*, counsel for the defence then addressed the jury, anticipating what he expected to be the Crown's arguments. He failed to anticipate or in

Q. Cela arrive-t-il dans certains cas, dans la plupart des cas ou. . . ?

R. Bien, sous l'effet de la pression exercée par le lien autour du cou, le visage prend une coloration pourpre-bleue au-dessus du lien, mais si après le décès ou peu de temps après le décès, le lien est retiré, le sang s'écoule de la tête et du cou. . . dans la mesure où le sang circule encore. . . et lorsque le pathologiste voit la personne, la coloration bleue du visage peut s'être estompée.

Q. Mais cette coloration bleue du visage serait certainement visible au moment où quelqu'un voit cette personne avec le lien toujours autour du cou, est-ce que cela serait généralement le cas?

R. Bien, certainement, un observateur raisonnablement averti la remarquerait, oui.

Q. S'agit-il de quelque chose de localisé ou de quelque chose qui peut en général être observé sur tout le visage?

R. Cela affecte habituellement toute la tête au-dessus du lien. [Je souligne.]

Le ministère public n'a pas demandé si la référence faite par le D<sup>r</sup> Jaffe à un «observateur raisonnablement averti» pouvait s'appliquer à l'appellant, et la défense, en ne réinterrogeant pas le témoin, n'a pas soulevé la question. C'est le ministère public qui a abordé la question de la coloration du visage. L'on n'a pas donné à entendre que l'appellant avait une formation ou des connaissances médicales. Personne n'a demandé à l'appellant au moment de sa déposition s'il avait en fait remarqué une coloration bleue. Le témoignage du D<sup>r</sup> Jaffe a mis fin à la phase du procès consacrée à la présentation de la preuve.

#### *Les exposés au jury*

L'avocat de la défense, même s'il a fait entendre des témoins, a demandé au juge du procès la permission de s'adresser au jury en dernier. Cette demande a été rejetée, comme on pouvait s'y attendre en raison de l'arrêt *R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, rendu antérieurement par la Cour d'appel de l'Ontario. En conformité avec le par. 651(3) du *Code*, l'avocat de la défense s'est alors adressé au jury en essayant de prévoir

any event he failed to deal with the “blue-face” evidence of Dr. Jaffe.

In the final closing address counsel for the Crown asked the jury to draw an adverse inference from the failure of the appellant to testify about whether the face of his deceased mother was blue when discovered. The Crown’s innuendo was that there was no blue colouration and no suicide. *Ergo*, death should be attributed to strangulation by the appellant, and a verdict of guilty returned. The Crown’s argument was in part as follows:

An interesting point though in Doctor Jaffe’s evidence . . . [was that] in a soft hanging you’d expect that if the ligature’s still around the neck to see a blue face. That’s as I recall the evidence. You’ll have to determine that yourself; and that would eventually disappear once the ligature was removed, but it wouldn’t be immediate, and it would be less immediate if the body were in a horizontal position. The accused tells you that the mother’s in a normal sitting position in a chair after the supposed hanging; a blue face is something surely that he would have noticed and told us about. He tells you nothing about that however, other than the cable around her neck and her sitting normally in the chair. Would he not have told you that if indeed that were present, as it should have been if it happened this way? And that’s another point I submit to you that points to the fictional setting that the accused has created. [Emphasis added.]

Later, and more theatrically, Crown counsel used the “blue-face” evidence to pour scorn on the supposed play acting of the appellant. Crown counsel suggested to the jury that the appellant was of superior intelligence and had during the trial orchestrated truths and lies to his own advantage. Crown counsel likened the trial to a stage play in which the appellant not only had a starring role, but also was producer, director and stage manager. He suggested that the trial was a “new production” which had “opened last Friday” when the appellant testified. He argued that the appellant “rehearsed himself well but sometimes he blows his lines”,

quels arguments le ministère public invoquerait. Il n’a pas su prévoir que le témoignage du Dr Jaffe relatif à la «coloration bleue du visage» serait invoqué ou, en tout cas, il a omis d’en parler.

Dans son exposé final, le substitut du procureur général a demandé au jury de tirer une conclusion défavorable du fait que l’appellant n’avait pas mentionné dans son témoignage si le visage de sa mère était bleu lorsqu’il l’a trouvée morte. Le ministère public insinuait ainsi qu’il n’y avait eu ni coloration bleue ni suicide. Par conséquent, le décès devait être attribué à une strangulation par l’appellant et un verdict de culpabilité devait être rendu. Le ministère public a notamment fait valoir ce qui suit:

[TRADUCTION] Pourtant, un point intéressant du témoignage du Dr Jaffe [. . .] [avait trait au fait que] dans le cas d’une pendaison sans violence, il faudrait s’attendre à une coloration bleue du visage si le lien est toujours autour du cou. C’est là son témoignage, si je me souviens bien. Vous devrez vous faire votre propre idée sur ce point; et cette coloration disparaît une fois que le lien est enlevé, mais pas immédiatement, et cela prend plus de temps lorsque le corps est à l’horizontale. L’accusé vous dit que sa mère était assise normalement dans une chaise après la prétendue pendaison; un visage bleu est certainement quelque chose qu’il aurait remarqué et dont il nous aurait parlé. Il ne parle pas de cela cependant, mais du câble autour de son cou et du fait qu’elle est assise normalement dans la chaise. Est-ce qu’il n’en aurait pas parlé si de fait il y avait eu cette coloration, comme cela aurait dû être le cas si cela s’était produit de cette façon? C’est un autre élément que je tiens pour révélateur de la mise en scène qu’il a faite. [Je souligne.]

Plus tard, d’une façon plus théâtrale, le substitut du procureur général s’est servi de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» pour attirer le mépris sur le supposé jeu d’acteur de l’appellant. Le substitut du procureur général a laissé entendre au jury que l’appellant était un homme d’une intelligence supérieure et qu’il avait, au cours du procès, orchestré vérités et mensonges à son avantage. Le substitut du procureur général a comparé le procès à une pièce de théâtre dans laquelle l’appellant avait non seulement un premier rôle, mais était aussi le producteur, le metteur en scène et le régisseur. Il a donné à entendre que le procès était une

10

11



giving the example of the appellant's failure to mention the blue face.

[TRADUCTION] «nouvelle production» qui avait [TRADUCTION] «pris l'affiche vendredi dernier» lorsque l'appelant avait témoigné. Il a soutenu que l'appelant [TRADUCTION] «avait bien répété son rôle, mais qu'il avait manqué quelques répliques», en en donnant pour exemple l'omission de parler de la coloration bleue du visage.

12 The trial judge denied the appellant's application for leave to answer the Crown's "spin" on the blue-face evidence. Defence counsel's secondary position was that the jury ought to be instructed by the trial judge as to the totality of the evidence on the "blue-face" issue, in particular: the "reasonably skilled observer" limitation; the fact that the blood would drain from the head within minutes of the ligature's being loosened; and the fact that the issue was never put to the appellant in chief or in cross-examination. The trial judge noted the objection but ruled that defence counsel was not entitled to reply to the address of the Crown and stated that he did not intend to mention the "blue-face" evidence in his charge to the jury.

Le juge du procès a rejeté la demande de l'appelant qui voulait être autorisé à répondre à l'«image» créée par le ministère public au moyen de la preuve concernant la coloration bleue du visage. Subsidiairement, l'avocat de la défense demandait au juge du procès de donner au jury des directives relatives à l'ensemble de la preuve sur la question de la «coloration bleue du visage», et plus particulièrement sur les points suivants: la réserve relative à l'«observateur raisonnablement averti»; le fait que le sang s'écoulerait de la tête quelques minutes après le relâchement du lien; le fait que la question n'a jamais été posée à l'appelant lors de l'interrogatoire principal ni du contre-interrogatoire. Le juge du procès a noté l'opposition de l'avocat de la défense, mais il a statué que ce dernier n'avait pas le droit de répondre à l'exposé du ministère public et a affirmé son intention de ne pas mentionner la preuve concernant la «coloration bleue du visage» dans ses directives au jury.

13 The jury returned a verdict of guilty on a charge of second degree murder. The trial judge sentenced the appellant to life in prison with no eligibility for parole for 12 years.

Le jury a prononcé un verdict de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a condamné l'appelant à la prison à vie sans admissibilité à une libération conditionnelle avant 12 ans.

### III. Analysis

### III. Analyse

14 The precise question in this appeal is whether the appellant had a constitutional right to answer the argument as well as the evidence put against him by the Crown and if so, whether that right could constitutionally be taken away from him because of his decision to call witnesses for the defence.

Le présent pourvoi soulève la question précise de savoir si l'appelant avait le droit constitutionnel de répondre tant à l'argumentation qu'à la preuve déposée contre lui par le ministère public et, le cas échéant, si ce droit pouvait lui être enlevé en raison de sa décision de présenter des témoins pour sa défense.

15 I shall first address this threshold question, then canvass the various rationalizations for the present procedure identified by my colleagues, then offer some observations about how these problems are

J'examinerai d'abord cette question préliminaire et je passerai ensuite en revue les divers motifs justifiant la présente procédure qu'ont exposés mes collègues. Je ferai quelques observations sur la

handled in criminal trials in jurisdictions comparable to our own, and finally offer a negative opinion about the constitutionality of s. 651 of the *Code*.

*Does the Right of an Accused to Make Full Answer and Defence under s. 7 of the Charter Apply to the Crown's Closing Address as well as to the Crown's Evidence?*

The appellant says that the procedure at trial deprived him of his liberty otherwise than in accordance with “the principles of fundamental justice” within the meaning of s. 7 of the *Charter*, and consequently that he was denied his s. 11(d) fair trial rights. It is common ground that s. 7 incorporates procedural fairness as an element of fundamental justice and in particular the right to make full answer and defence; see *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505.

The appellant's position is straightforward. The result of a successful prosecution is to secure a conviction and put him in jail. The conduct of Crown counsel, within the limits of his or her professional and ethical responsibilities, is calculated to bring about that result from the opening of the trial until completion of the closing address. In this case Crown counsel, speaking last, drew from the expert's testimony an inference which the expert himself was not asked to make, and did not make — namely that the appellant was a reasonably skilled observer who would have noticed a blue colouration had his mother in fact committed suicide. The appellant simply says that whatever it is the Crown uses to secure a conviction is something that he ought to be allowed to answer, if he has an answer, irrespective of whether it is put before the jury as evidence or argument. I agree with him.

While it would be comforting to think that in a criminal trial facts speak for themselves, the reality is that “facts” emerge from evidence that is given shape by sometimes skilful advocacy into a coherent and compelling prosecution. The successful prosecutor downplays or disclaims the craftsman-

façon dont ces problèmes sont réglés dans les procès criminels tenus dans d'autres ressorts comparables au nôtre et, finalement, j'exposerai mes conclusions négatives au sujet de la constitutionnalité de l'art. 651 du *Code*.

*Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la Charte s'applique-t-il à l'exposé final de même qu'à la preuve du ministère public?*

L'appelant affirme que la procédure suivie au procès l'a privé de sa liberté en contravention des «principes de justice fondamentale», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, et que, par conséquent, il s'est vu nier son droit à un procès équitable protégé par l'al. 11d). Il est bien établi que l'art. 7 vise l'équité procédurale à titre d'élément de la justice fondamentale et, en particulier, le droit à une défense pleine et entière; voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505.

La position de l'appelant est simple. Si la poursuite a gain de cause, elle le fait déclarer coupable et envoyer en prison. La conduite du substitut du procureur général, dans les limites de ses responsabilités sur le plan professionnel et éthique, vise l'obtention de ce résultat, du début du procès jusqu'à la fin de son exposé final. En l'espèce, le substitut du procureur général, s'adressant au jury en dernier, a tiré du témoignage de l'expert une inférence qu'on n'a pas demandé à l'expert de faire et que cet expert n'a pas faite — soit que l'appelant était un observateur raisonnablement averti qui aurait remarqué la coloration bleue du visage de sa mère si celle-ci s'était effectivement suicidée. L'appelant affirme simplement que, peu importe ce que le ministère public utilise pour obtenir une déclaration de culpabilité, il devrait être autorisé à y répondre, s'il le peut, que cela fasse partie de la preuve ou de l'argumentation. Je suis d'accord avec lui.

Il serait réconfortant de penser que dans les procès criminels les faits parlent d'eux-mêmes, mais la vérité c'est que les «faits» ressortent de la preuve présentée, parfois à l'issue d'une plaidoirie habile, sous la forme d'une charge cohérente et convaincante. Le poursuivant qui obtient gain de

16

17

18

ship involved in shaping the story. Such modesty should be treated with scepticism. The rules of “prosecutorial” advocacy have not changed much since Shakespeare put a “just the facts” speech in the mouth of Mark Antony:

For I have neither wit, nor words, nor worth,  
Action, nor utterance, nor the power of speech  
To stir men’s blood; I only speak right on.  
I tell you that which you yourselves do know,  
Show you sweet Cæsar’s wounds, poor poor dumb  
mouths,  
And bid them speak for me.

*Julius Cæsar*, Act III, Scene ii.

- 19 While few counsel would claim Shakespearean powers of persuasion, the fact remains that in an age burdened with “spin doctors” it should be unnecessary to belabour the point that the same underlying facts can be used to create very different impressions depending on the advocacy skills of counsel. In the realities of a courtroom it is often as vital for a party to address the “spin” as it is to address the underlying “fact”. As was pointed out by the late Justice John Sopinka, in “The Many Faces of Advocacy”, in [1990] *Advocates’ Soc. J.*, 3, at p. 7:

Notwithstanding that your witnesses may have been reticent and forgetful, and your cross-examinations less than scintillating, the case can still be won in final argument.

- 20 The accused may be prejudiced where the Crown, having heard the accused’s address to the jury, has the ability to use the right of final address to reorient its argument, build its case on the “gaps” in the address of the accused without fear of the likelihood of reply, and develop a new spin on a piece of evidence whose significance had not been anticipated or addressed by the accused. While my colleagues suggest that this does not imply a “temporal order of speaking” (at para.

cause minimise son talent ou laisse entendre qu’il n’est pour rien dans la façon dont se présente le récit. Une telle modestie doit être traitée avec scepticisme. L’art de plaider pour le poursuivant n’a pas beaucoup changé depuis que Shakespeare a mis dans la bouche de Marc Antoine un discours «s’en tenant aux faits»:

Car je n’ai ni l’esprit, ni le mot, ni le mérite, ni le geste, ni l’expression, ni la puissance de parole, pour agiter le sang des hommes. Je parle en toute simplicité: je vous dis ce que vous savez vous-mêmes; je vous montre les blessures de mon cher César, pauvres, pauvres bouches muettes, et je les charge de parler pour moi.

*Jules César*, Acte III, Scène ii.

Bien que peu d’avocats prétendent avoir la force de persuasion de Shakespeare, il n’en demeure pas moins qu’en cette époque où les «doreurs d’image» sont légion, il ne devrait pas être nécessaire d’insister sur le point que les faits sous-jacents peuvent être utilisés pour créer des impressions très différentes selon les talents de plaideur de l’avocat. Dans la réalité de la salle d’audience, il est souvent tout aussi vital pour une partie de savoir faire face à «l’image» créée par les faits qu’aux «faits» eux-mêmes. Comme l’a fait remarquer le regretté juge John Sopinka dans «The Many Faces of Advocacy», dans [1990] *Advocates’ Soc. J.*, 3, à la p. 7:

[TRADUCTION] Même si vos témoins n’ont pas dit grand-chose et ont eu des trous de mémoire, même si vos contre-interrogatoires ont été moins que brillants, il est encore possible d’avoir gain de cause grâce à l’exposé final.

L’accusé peut subir un préjudice lorsque le ministère public, après avoir entendu l’exposé de l’accusé au jury, a la possibilité d’utiliser son droit de s’adresser au jury en dernier pour réorienter son argumentation, faire fond sur les «lacunes» de l’exposé de l’accusé sans crainte de possibilité de réplique, et présenter sous un nouvel éclairage favorable un élément de preuve dont l’accusé n’avait pas prévu l’importance ou dont il n’a pas parlé. Alors que mes collègues laissent entendre que cela n’implique pas «que l’on prenne la parole dans un ordre temporel donné» (au par. 109), il me

109), it seems to me implicit in the notion of an “answer” that what is to be answered comes first.

As this case demonstrates, Crown counsel’s address is capable of adding new elements apart from narrative coherence and rhetorical force to the evidence against the accused. As here, the jury may be invited to draw specific inferences from the evidence which may or may not be appropriate and in any event appear to have eluded counsel for the accused.

It is true, as my colleagues point out in para. 107, that Crown counsel (and indeed other counsel) should be accurate and should not put before the jury “assertions in relation to which there is no evidence”. However, while Crown counsel are expected to be ethical, they are also expected to be adversarial. As the Ontario Court of Appeal itself observed in *R. v. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70, at p. 76:

A closing address is an exercise in advocacy. It is a culmination of a hard fought adversarial proceeding. Crown counsel, like any other advocate, is entitled to advance his or her position forcefully and effectively. Juries expect that both counsel will present their positions in that manner and no doubt expect and accept a degree of rhetorical passion in that presentation.

While counsel ought to avoid submissions that are not supported by the evidence, most trials turn on disputes about what inferences are supported by the evidence. If everyone agreed on a bright line demarcation, no doubt responsible counsel would respect it. Unfortunately, no such bright line exists.

Once one acknowledges, as my colleagues do in para. 104, “the powerful persuasive force which well-crafted and skilfully presented submissions may have in a jury trial”, it follows that the Crown’s closing address adds to the jeopardy of

semble implicite dans la notion de «réponse» que ce à quoi il faut répondre doit venir en premier.

Comme le présent pourvoi le démontre, l’exposé du substitut du procureur général peut ajouter de nouveaux éléments à la preuve produite contre l’accusé, à part la cohérence du récit et la force de persuasion. Comme en l’espèce, le jury peut être invité à tirer des inférences particulières de la preuve, qui peuvent être appropriées ou non et qui, de toute façon, paraissent avoir échappé à l’avocat de l’accusé.

Il est vrai, comme mes collègues l’indiquent au par. 107, que le substitut du procureur général (et assurément l’autre avocat) doit faire preuve de rigueur et ne pas soumettre au jury «des affirmations pour lesquelles il n’y a pas de preuve». Cependant, si l’on s’attend à ce que le substitut du procureur général ait un comportement éthique, l’on s’attend aussi à ce qu’il agisse en adversaire. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a elle-même fait observer dans l’arrêt *R. c. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70, à la p. 76:

[TRADUCTION] L’exposé final est un exercice de plaidoirie. C’est le point culminant d’une procédure accusatoire âprement débattue. Le substitut du procureur général, comme tout autre plaideur, a le droit de faire connaître son point de vue avec force et efficacité. Les jurés s’attendent à ce que les deux avocats présentent leurs points de vue de cette façon et il ne fait pas de doute qu’ils s’attendent à ce que cette présentation soit empreinte jusqu’à un certain point de passion rhétorique.

Bien que les avocats doivent éviter de faire des observations qui ne s’appuient pas sur la preuve, la plupart des procès portent sur la question de savoir quelles inférences sont effectivement étayées par la preuve. Si tous s’entendaient sur une ligne de démarcation claire, il ne fait aucun doute que les avocats sérieux la respecteraient. Malheureusement, il n’en existe pas.

Une fois qu’on a reconnu, comme mes collègues le font au par. 104, «la grande force de persuasion que peuvent avoir dans un procès devant jury des observations bien préparées et habilement présentées», il s’ensuit que l’exposé final du ministère

21

22

23

the accused and thereby itself attracts the right to full answer and defence. Treating “the case for the prosecution” as including more than the evidence has respectable roots in the jurisprudence; see for example *R. v. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150, *per* Lord Russell of Killowen C.J., at p. 153:

The section says that in such a case the person charged is to be called as a witness *immediately* after the close, not of the case for the prosecution (which expression might include the summing-up of counsel), but of the *evidence* for the prosecution. . . . [Emphasis by underlining added.]

To draw a hard distinction between evidence and argument when both are deployed to the prejudice of the accused, and either may tilt the outcome towards conviction, appears to me formalistic and unconvincing.

24 The Crown, of course, suffers corresponding disadvantages when it is obliged to give the first address. Parliament’s decision to limit closing addresses in a criminal trial to one each from the accused and the Crown will inevitably create a potential problem for the party that is obliged to go first if that party is denied a right of reply. That being the case, however, as between the Crown and the defence, the inadequacies of the “two-speech” approach must be allowed to fall on the Crown. The Crown, unlike the accused, does not enjoy s. 7 *Charter* rights.

*Is it Sufficient for the Accused to Be Forearmed with the Crown’s “Theory” of the Case?*

25 My colleagues take the view that despite the fact that closing argument can assist the Crown in obtaining a guilty verdict, it is not included in the package of prejudice to which the accused has a right to make full answer and defence. They take the narrow view that the right of an accused is satisfied by the opportunity to answer the evidence

public ajoute au péril auquel est exposé l’accusé et, par conséquent, fait intervenir le droit à une défense pleine et entière. Le fait de considérer que «les arguments de la poursuite» ne se limitent pas aux éléments présentés en preuve a aussi des racines dans la jurisprudence, comme en fait foi l’arrêt *R. c. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150, les motifs du juge en chef lord Russell of Killowen, à la p. 153:

[TRADUCTION] L’article dit que dans un tel cas l’accusé doit être appelé à témoigner *immédiatement* après la présentation, non pas des arguments de la poursuite (cette expression pouvant inclure le résumé de l’avocat), mais de la *preuve* de la poursuite . . . [Je souligne.]

L’établissement d’une distinction bien nette entre preuve et argumentation alors que l’une et l’autre sont utilisées au détriment de l’accusé et peuvent faire pencher la balance en faveur d’une déclaration de culpabilité m’apparaît formaliste et peu convaincant.

Le ministère public subit bien sûr les mêmes désavantages lorsqu’il doit présenter son exposé en premier. La décision du législateur fédéral de limiter l’accusé et le ministère public à un seul exposé final dans le procès criminel créera inévitablement un problème pour la partie qui doit passer en premier s’il ne lui est pas accordé un droit de réplique. Cependant, tel étant le cas, entre le ministère public et la défense, il faut accepter que ce soit le ministère public qui ait à subir les conséquences des lacunes du modèle à «deux discours». Le ministère public, au contraire de l’accusé, ne bénéficie pas des droits garantis par l’art. 7 de la *Charte*.

*Est-il suffisant que l’accusé soit armé de la «thèse» du ministère public?*

Mes collègues sont d’avis que même si l’exposé final peut aider le ministère public à obtenir un verdict de culpabilité, il ne fait pas partie de l’ensemble des éléments qui pèsent contre l’accusé et contre lesquels il a le droit de présenter une défense pleine et entière. Ils adoptent un point de vue étroit selon lequel le droit d’un accusé est res-

and the Crown's theory of the case, as they state in their reasons for judgment at para. 109:

What is being answered in the accused's jury address is the evidence and the Crown's theory of the case, both of which, as just discussed, the accused will know prior to addressing the jury at the close of the defence evidence. The accused's jury address is his or her opportunity to answer the Crown evidence and theory of the case with argument and persuasion. [Emphasis added.]

This approach, with respect, is awkward both in principle and in practice, and (as stated) does not confront the constitutional problem. It is awkward in principle because of the persuasive onus that lies on the Crown. There is a lack of logic in a system that places the ultimate onus of proof of guilt squarely on the Crown, yet requires an accused to answer the Crown's arguments before they are made. This has long been recognized, e.g., in *R. v. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264 (Ont. C.A.), *per* Ferguson J.A., at p. 271, in a case where the Crown had decided not to speak first but to hold its argument for reply:

Before us, it was argued that the failure of the Crown to sum up the evidence left the prisoner's counsel, in a matter of life and death, to grope in darkness for the inferences, arguments, and ultimate theories of the prosecution, or to waste his time and efforts in speculating as to the Crown's inferences, arguments, and theories, and in gathering up every piece of evidence, arranging, re-arranging, and dovetailing them in hypothetical cases built according to his own conceptions, for the purpose of assailing them, and tearing them to pieces, hoping in this way to hit upon the Crown's case, theories, and arguments, and to destroy them. This, the prisoner's counsel contends, was unjust and unfair, and not in keeping with the honour and dignity of the Crown, or in keeping with the duty of the Crown counsel to prosecute with open hand and fairness — to secure justice to the accused — to give him the right to be heard by counsel and to make known to him the grounds on which the Crown demands his life.

pecté s'il a la possibilité de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public, comme ils l'affirment dans leurs motifs de jugement au par. 109:

Ce à quoi l'accusé répond dans l'exposé au jury, c'est à la preuve et à la thèse du ministère public, qu'il connaît, nous l'avons déjà dit, lorsqu'il s'adresse au jury à la clôture de sa preuve. L'exposé au jury constitue l'occasion pour l'accusé de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public en usant d'arguments et de persuasion. [Je souligne.]

Avec égards, cette méthode suscite des difficultés tant sur le plan des principes que sur le plan pratique et (comme je l'ai dit) ne tient pas compte du problème constitutionnel. Elle est difficile à justifier sur le plan des principes parce que le fardeau de la preuve repose sur le ministère public. Il y a manquement à la logique lorsqu'un système qui fait carrément porter au ministère public le fardeau de la preuve de la culpabilité exige pourtant de l'accusé qu'il réponde aux arguments du ministère public avant qu'ils n'aient été présentés. Cela est admis depuis longtemps, par exemple, dans l'arrêt *R. c. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264 (C.A. Ont.), les motifs du juge Ferguson, à la p. 271, où le ministère public avait décidé de ne pas prendre la parole en premier, mais de présenter son argumentation dans la réplique:

[TRADUCTION] On a soutenu devant nous que le défaut du ministère public de résumer la preuve a contraint l'avocat du prisonnier, dans une affaire de vie ou de mort, à chercher à l'aveuglette les inférences, les arguments et les dernières thèses de la poursuite, à perdre son temps et ses énergies à spéculer quant à ce que pourraient être les inférences, les arguments et les thèses du ministère public, et à réunir tous les éléments de preuve, à les arranger, à les réarranger et à les assembler en des cas hypothétiques fondés sur ses propres conceptions, dans le but de les attaquer et de les mettre en pièces, espérant que, ce faisant, il fera mouche sur les thèses et les arguments du ministère public et les détruira. L'avocat du prisonnier soutient que cela est injuste et inéquitable, va à l'encontre de l'honneur et de la dignité du ministère public, ou à l'encontre de l'obligation du ministère public de poursuivre de manière transparente et équitable — pour qu'il soit fait justice à l'accusé — pour lui donner le droit d'être entendu par avocat et lui faire savoir pour quels motifs le ministère public exige qu'il soit mis à mort.

I must confess that these arguments appealed strongly to my humanity and sense of what is fair; but it does not follow that the course pursued was illegal. [Emphasis added.]

Je dois avouer que ces arguments interpellent fortement mon sens de l'humanité et de l'équité; mais cela ne veut pas dire que ce qui a été fait était illégal. [Je souligne.]

27 Where, as here, the accused does call witnesses, his or her counsel in making the first address to the jury has to explain what he or she believes to be the Crown's argument in order then to try to poke holes in something that does not yet exist. While under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and related developments the defence no longer has to "grope in darkness" for the theory of the prosecution, the jury is not privy to the Crown's pre-trial disclosure. The defence may therefore have to elaborate upon the Crown's theory to the jury in order to set the stage for the defence response. Such repetition may inadvertently reinforce the prosecution's argument and add to its credibility. The notion that it is sufficient for the accused to respond to the "Crown theory of the case" also suffers from the practical difficulty that the Crown's theory of the case is a moving target that has to adjust to meet new or changing circumstances during the trial, including what the Crown hears in the defence closing address. As the jeopardy to the accused is created by the actual presentation of the Crown, not its original theory, much will depend on the words in which the Crown's case is put. As Ferguson J.A. put it in *Coppen*, *supra*, at p. 271, what is important is the Crown's "inferences, arguments, and ultimate theories". The accused should not be compelled to address what he believes to be the prosecution theory, and then be relegated (and even then only in "exceptional cases") to a limited reply at the discretion of the trial judge, or to a corrective instruction, where Crown submissions to the jury "are misleading or unsupported by the evidence", as my colleagues suggest in para. 116.

Lorsque, comme en l'espèce, l'accusé fait entendre des témoins, son avocat, en s'adressant au jury en premier, doit expliquer ce qu'il croit être l'argumentation du ministère public afin de pouvoir faire des brèches dans ce qui n'existe pas encore. Bien qu'en vertu de *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et de ce qui s'en est suivi la défense n'ait plus à «chercher à tâtons» la thèse de la poursuite, le jury n'est pas au fait de la divulgation faite par le ministère public avant le procès. La défense peut donc se trouver dans l'obligation d'exposer au jury la thèse du ministère public afin de mettre en contexte sa réponse. Une telle répétition peut renforcer par inadvertance l'argumentation de la poursuite et ajouter à sa crédibilité. L'idée qu'il suffit que l'accusé réponde à la «thèse du ministère public» soulève aussi une difficulté pratique parce que la thèse du ministère public est une cible mobile qui se déplace suivant les événements survenant au cours du procès, y compris la teneur de l'exposé final de la défense au jury. Étant donné que le péril auquel est exposé l'accusé tient en fait à la façon dont le ministère public présente l'affaire et non à sa thèse originale, les termes choisis par le ministère public pour présenter ses arguments seront déterminants. Comme le juge Ferguson de la Cour d'appel le dit dans *Coppen*, précité, à la p. 271, ce qui est important, ce sont les [TRADUCTION] «inférences, arguments et thèses définitives» du ministère public. L'accusé ne devrait pas avoir à répondre à ce qu'il croit être les thèses de la poursuite pour ensuite ne plus avoir droit (et encore, dans des «cas exceptionnels seulement») qu'à une réplique limitée, si le juge du procès le veut bien, ou à une directive correctrice, lorsque les arguments présentés par le ministère public au jury sont «trompeurs ou non appuyés sur la preuve», comme mes collègues le donnent à entendre au par. 116.

#### *The "Exceptional Case" Approach*

#### *L'approche fondée sur les «cas exceptionnels»*

28 An example of the sort of "exceptional case" which my colleagues may have in mind as a candidate for reply or corrective direction was examined

Un exemple du genre de «cas exceptionnels» que mes collègues peuvent avoir à l'esprit comme justifiant une réplique ou une directive correctrice

recently in meticulous detail by Commissioner Fred Kaufman, C.M., Q.C., in the report of *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (1998) (hereafter called the “*Kaufman Report*”). His report is of particular interest in connection with the issues raised on this appeal because much of his analysis of the wrongful conviction of Guy Paul Morin for the murder of Christine Jessop turned on problems associated with the complexities of expert evidence, problems that were compounded by a powerful but somewhat misleading closing address by Crown counsel. In that case, as here, the accused gave evidence at his trial, and his counsel therefore addressed the jury first and under s. 651 had no right to answer the prosecution argument which contributed to his wrongful conviction.

It is important to state at the outset that Commissioner Kaufman found the misleading aspects of the Crown’s address were not deliberate (*Kaufman Report*, vol. 1, at pp. 118 and 145), and did not necessarily exceed the bounds of “ethical advocacy”, at p. 147:

In the context of a lengthy criminal case, involving complicated and conflicting evidence, the dangers are greater that such language could potentially mislead the triers of fact, yet remain within the bounds of ethical advocacy.

Of relevance to the present appeal is the fact that at the Morin trial, as here, the Crown drew inferences from the expert testimony that went beyond the testimony of the experts themselves. Crown counsel in the *Morin* case rationalized this point with the explanation that “the Crown was not trying to summarize what the experts said. They were acting as advocates, presenting the Crown’s position to the jury” (*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 151). In other words, the view of Crown counsel was that it is an open question in any trial, to be

a été examiné récemment dans ses moindres détails par le commissaire Fred Kaufman, C.M., c.r., dans le rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (1998) (ci-après appelé le «*Rapport Kaufman*»). Ce rapport est particulièrement intéressant en ce qui a trait aux questions soulevées par le présent pourvoi, parce que la majeure partie de l’analyse portant sur la déclaration de culpabilité prononcée à tort contre Guy Paul Morin pour le meurtre de Christine Jessop renvoie à des problèmes liés aux complexités de la preuve d’expert, des problèmes qui ont été accentués par l’exposé final convaincant mais quelque peu trompeur livré par le substitut du procureur général. Dans cette affaire, comme dans le présent pourvoi, l’accusé avait témoigné à son procès et son avocat s’était donc adressé au jury en premier et, en application de l’art. 651, n’a pas eu le droit de répondre aux arguments de la poursuite qui devaient contribuer à le faire déclarer coupable à tort.

Il est important de dire dès le départ que le commissaire Kaufman a conclu que les aspects trompeurs de l’exposé du ministère public n’étaient pas délibérés (*Rapport Kaufman*, vol. 1, aux pp. 136, 137 et 168) et n’avaient pas nécessairement excédé les limites de l’«éthique de la plaidoirie», à la p. 170:

Dans le contexte d’un long procès criminel comportant des éléments de preuve complexes et incompatibles, il est plus probable que de telles expressions puissent tromper les juges des faits tout en demeurant dans les limites de l’éthique de la plaidoirie.

Il est utile de constater aux fins du présent pourvoi que lors du procès Morin, comme en l’espèce, le ministère public avait tiré des inférences du témoignage des experts qui allaient au-delà de ce que les experts avaient dit eux-mêmes. Les substituts du procureur général dans l’affaire *Morin* ont rationalisé ce point en expliquant que «la poursuite ne tentait pas alors de résumer les propos des experts. Les procureurs de la Couronne occupaient comme avocats, et présentaient la thèse de la poursuite au jury» (*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la

29

30



resolved by argument, as to what inferences are supported by the evidence.

31 The wrongful conviction of Guy Paul Morin was based almost entirely on circumstantial evidence. The Crown led expert evidence about clothing fibres found on the front seat of Mr. Morin's car to establish direct contact between the accused and the victim, and to establish that a hair found pinched in the victim's necklace at the site where her body was found was consistent with Mr. Morin's hair. Commissioner Kaufman's general conclusion was that:

It was alleged before me that aspects of the Crown's closing address dealing with the hair and fibre evidence were misleading or potentially misleading. The evidence [at the Inquiry] supports that conclusion.

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 118.)

Mr. McGuigan [the leading Crown counsel] referred extensively to the study [Jackson & Cook, "The Significance of Fibres Found on Car Seats", 1986] in his closing address, heavily relying upon it as support for the prosecution's position that the fibre similarities showed direct contact between Christine Jessop and Guy Paul Morin. The study, properly understood, did not support the case for the prosecution. Further, the details of the study were completely irrelevant to the proceedings against Mr. Morin. The study was seriously misused at Mr. Morin's trial and likely misled the jury.

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 119.)

I might add, parenthetically, that the last cited passages from the *Kaufman Report* more or less capture the appellant's argument about the Crown's use of the "blue-face" evidence in the present appeal.

32 Wrongly relying on their misinterpretation of a published paper (the Jackson & Cook Study, *supra*), the experts from the Centre of Forensic

p. 175). En d'autres termes, les substituts du procureur général étaient d'avis que, dans tout procès, la question de savoir quelles inférences sont étayées par la preuve est une question à débattre.

La déclaration de culpabilité prononcée erronément contre Guy Paul Morin était fondée presque entièrement sur une preuve circonstancielle. Le ministère public a déposé une preuve d'expert relativement à des fibres textiles trouvées sur le siège avant de l'automobile de M. Morin afin d'établir qu'il y avait eu un contact direct entre l'accusé et la victime et qu'un cheveu accroché au collier de la victime à l'endroit où son corps a été retrouvé était compatible avec les cheveux de M. Morin. Le commissaire Kaufman a tiré une conclusion générale dans les termes suivants:

Certains ont prétendu devant moi que certaines facettes de la plaidoirie de la poursuite concernant la preuve d'expertise des cheveux et des fibres étaient trompeuses ou pouvaient l'être. La preuve présentée [à l'enquête] appuie cette conclusion.

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la p. 136.)

M<sup>e</sup> McGuigan [le substitut du procureur général principal] s'est longuement reporté à l'étude [Jackson et Cook, «The Significance of Fibres Found on Car Seats», 1986] dans sa plaidoirie. Il en a alors cité de longs passages à l'appui de la thèse de la poursuite selon laquelle les similitudes entre les fibres établissaient qu'il y avait eu un contact direct entre Christine Jessop et Guy Paul Morin. Dans la mesure où elle était bien comprise, l'étude n'appuyait pas la preuve de la poursuite. De plus, les détails fournis dans l'étude n'étaient absolument pas pertinents à la poursuite contre M. Morin. L'étude a été très mal utilisée au procès de M. Morin et a vraisemblablement trompé le jury.

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la p. 137.)

Je pourrais ajouter, entre parenthèses, que les derniers passages cités du *Rapport Kaufman* rendent assez bien le sens de l'argument de l'appelant quant à l'utilisation par le ministère public de la preuve concernant la «coloration bleue» du visage dans le présent pourvoi.

S'appuyant à tort sur leur interprétation erronée d'une étude (l'étude Jackson et Cook, *op. cit.*), les experts du Centre des sciences judiciaires ont

Sciences incorrectly testified that this research by leading experts in the field supported their conclusion that the number of “matches” of fibres found in Morin’s car and the victim’s clothing tended to establish direct contact. Crown counsel took the erroneous testimony even further in his closing address, where he is quoted as saying:

The chance of a random match diminishes with the more matches that are found and I submit to you that the trace evidence found in this case was not just a coincidence and is significant, probative evidence which assists you in arriving at the conclusion that the accused murdered Christine Jessop.

In addition, ladies and gentlemen, if you were to put all the science aside and look at the results just using good old common sense, I would submit that you would have to conclude that Christine Jessop was in that Honda motor vehicle on October 3<sup>rd</sup>, just prior to her death.

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 132.)

As to the hair found *post mortem* in the victim’s necklace, Commissioner Kaufman reproduced the following extract from Crown counsel’s jury address:

This type of expert opinion, in relation to hair, that’s *as good as it gets in the science of hair comparison. It doesn’t get any better.*

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 145; emphasis in original.)

Commissioner Kaufman commented on this aspect of the jury address as follows:

Everything in [Crown counsel’s] closing address was there for a purpose — not surprisingly, given his status as a pre-eminent advocate. . . . [H]is address [on this point] was obviously done so as to cause the jury to infer that the necklace hair was likely Mr. Morin’s, given the small percentage of classmates whose hair was equally similar. The argument was invalid, since the small sample (and the absence of any evidence as to the composition of the class) permitted no such inference to be properly drawn. However, I cannot find . . . that

incorrectement témoigné que cette recherche menée par les plus grands experts dans le domaine appuyait leur conclusion que le nombre des «concordances» des fibres trouvées dans l’automobile de Morin avec les vêtements de la victime tendaient à établir le contact direct. Dans son exposé final, le substitut du procureur général est allé encore plus loin dans l’utilisation de ce témoignage erroné. Il a dit:

Ces possibilités [que des concordances relèvent du hasard] diminuent en fonction de l’accroissement du nombre de concordances et je prétends que la preuve indiciale découverte en l’espèce n’était pas seulement une coïncidence. Il s’agit bien d’une preuve importante et ayant une valeur probante qui aide à conclure que l’accusé a assassiné Christine Jessop.

En outre, Mesdames et Messieurs, si vous deviez écarter toutes les données scientifiques et examiner les résultats à la lumière du simple bon sens, je prétends que vous devriez en arriver à la conclusion que Christine Jessop se trouvait dans cette Honda le 3 octobre, immédiatement avant son décès.

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, aux pp. 152 et 153.)

En ce qui a trait au cheveu trouvé accroché au collier de la victime après sa mort, le commissaire Kaufman a reproduit l’extrait suivant de l’exposé du substitut du procureur général au jury:

Ce genre d’opinion d’expert, qui porte sur les cheveux, signifie que *la science de la comparaison des cheveux ne peut pas aller plus loin. C’est ce qui se fait de mieux.*

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la p. 168; en italiques dans l’original.)

Le commissaire Kaufman a fait le commentaire suivant sur cet aspect de l’exposé au jury:

Tous les éléments de la plaidoirie [du substitut du procureur général] se justifiaient étant donné son statut d’avocat chevronné. [. . .] [Ce point y a été inclus] pour amener le jury à conclure que les cheveux ayant adhéré au collier étaient vraisemblablement ceux de M. Morin vu le faible pourcentage de collègues de classe dont les cheveux étaient semblables. Cet argument n’était pas valable, car le faible échantillonnage (et l’absence de tout élément de preuve sur la composition de la classe) n’autorisait pas de tirer à juste titre une telle conclusion.

[Crown counsel] deliberately made an argument which he knew to be fallacious.

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 145.)

<sup>34</sup> The *Morin* case, exceptional as it was, illustrates what I believe to be some of the problems with my colleagues' view that a right to request the judge to grant an opportunity to reply or to provide a corrective instruction in exceptional cases satisfies the requirements of "full answer and defence". My colleagues state, at para. 103:

In our view, the jury address is an example of a situation in which an accused is equally capable of defending himself or herself against the Crown regardless of whether the Crown acts first or last.

The *Kaufman Report* chronicles how misinterpretations of the expert evidence in the Crown's closing address, albeit not deliberate and not necessarily outside the bounds of ethical advocacy, can produce a miscarriage of justice. It shows why counsel should not be fixed with the clairvoyance to anticipate the Crown's actual treatment of the expert evidence. Equally, it demonstrates why counsel in the position of Mr. Morin's counsel had a right to answer more than merely the "Crown's theory of the case". The defence should have the right to answer the actual "inferences, arguments, and ultimate theories" (*Coppen, supra*, at p. 271) of the Crown on a submission-by-submission basis.

<sup>35</sup> What then of the proposed solution that in the "exceptional case" the accused could apply to make a reply limited to the alleged misrepresentations or corrective instruction at the discretion of the trial judge? In my view, the proposal falls short of a solution, because firstly it artificially restricts what the accused is entitled to "answer", secondly it subjects even that limited opportunity to the trial judge's discretion, and thirdly it leaves out of account the practical dynamics of a trial. It usually takes a good deal of counsel's time to review and explain the underlying expert testimony to help a

Toutefois, je ne puis conclure [. . .] que [le substitut du procureur général] a délibérément fait valoir un argument qu'il savait faux.

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, aux pp. 167 et 168.)

L'affaire *Morin*, si exceptionnelle soit-elle, illustre ce que je crois être certains des problèmes que suscite le point de vue adopté par mes collègues que le droit de demander au juge d'accorder, dans certains cas exceptionnels, un droit de réplique ou de donner une directive correctrice satisfait aux exigences d'une «défense pleine et entière». Mes collègues disent au par. 103:

Selon nous, l'exposé au jury est un exemple de cas où l'accusé est tout aussi capable de se défendre contre le ministère public, que celui-ci ait agi en premier ou en dernier.

Le *Rapport Kaufman* expose comment des interprétations erronées de la preuve d'expert dans l'exposé final du ministère public, bien qu'elles n'aient été ni délibérées ni nécessairement contraires à l'éthique de la plaidoirie, peuvent entraîner une erreur judiciaire. Cela montre pourquoi on ne devrait pas attribuer aux avocats un don de clairvoyance leur permettant d'anticiper comment le ministère public présentera effectivement la preuve d'expert. Cela montre également pourquoi l'avocat, qui était placé dans la situation de l'avocat de M. Morin, avait le droit de ne pas limiter sa réponse à la seule «thèse du ministère public». La défense devrait avoir le droit de répondre point par point aux «inférences, arguments et thèses définitives» que le ministère public présente réellement (*Coppen, précité*, à la p. 271).

Qu'en est-il alors de la solution proposée suivant laquelle, dans des «cas exceptionnels», l'accusé pourrait faire appel au pouvoir discrétionnaire du juge du procès et demander qu'il lui accorde un droit de réplique limité aux observations erronées ou qu'il donne une directive correctrice? À mon avis, cette proposition ne constitue pas une solution parce que premièrement, elle restreint artificiellement ce à quoi l'accusé a le droit de «répondre», deuxièmement, elle assujettit cette possibilité limitée au pouvoir discrétionnaire du juge du procès et troisièmement, elle ne tient pas compte de la

jury grasp the conclusions defence counsel seeks to draw, or the errors of misinterpretation he or she hopes to correct. It took Commissioner Kaufman 68 pages in his Report to deconstruct and explain the errors in the hair and fibre evidence and its treatment in the Crown's closing address. If defence counsel in a *Morin* situation elected to review the hair and fibre evidence in his or her principal closing address, counsel would run the risk that he or she would be taken to have covered the subject and would not be permitted any reply at all. If a reply were permitted, defence counsel would still be deprived of the ability to re-establish from the ground up the sort of context necessary to make the jury understand the rebuttal argument because if he or she attempted to do so there would be accusations of "reploughing old ground" or "splitting the case". On the other hand, if defence counsel held off dealing with the expert evidence in question in his or her principal closing argument (as in the case under appeal), a reply might still be denied on the basis that the decision not to address the particular area of expert evidence in the principal closing argument would be deemed to be a "strategic decision" (as my colleagues put it in para. 115 of their reasons). Defence counsel would then be told that they would simply have to live with the adverse consequences of this attributed strategy. The more efficient as well as the more simple procedure would be to allow the defence in every case the right to speak last. That also happens to be the procedure that vindicates the constitutional rights of the accused under s. 7 of the *Charter* to make full answer and defence.

My colleagues' alternative suggestion, that the problem of misleading or unsupported submissions in the Crown's argument could be remedied by a "corrective instruction" from the trial judge, suffers from the weakness that the jury would get the "correction" filtered through the eyes of the judge — not straight from the camp of the accused. If the concept of full answer and defence is to operate

dynamique pratique du procès. L'avocat de la défense doit généralement consacrer beaucoup de temps à passer en revue et à expliquer le témoignage d'expert sous-jacent pour que le jury saisisse les conclusions qu'il veut tirer ou les erreurs d'interprétation qu'il espère corriger. Le *Rapport Kaufman* consacre 68 pages à la déconstruction et à l'explication des erreurs relatives à la preuve se rapportant au cheveu et aux fibres de même qu'au traitement qu'en a fait le ministère public dans son exposé final. Si l'avocat de la défense placé dans une situation semblable à celle de l'affaire *Morin* choisissait de passer en revue dans son exposé final principal la preuve relative au cheveu et aux fibres, il courrait le risque qu'on considère qu'il a couvert la question et qu'on ne lui accorde aucun droit de réplique. Si on lui accordait un droit de réplique, il serait encore privé de la possibilité de rétablir à partir du début le contexte qui lui permettrait de faire comprendre au jury sa réfutation parce que, s'il essayait de faire cela, on l'accuserait de «relabourer le même champ» ou de «scinder la preuve». Par ailleurs, s'il omettait dans son exposé final principal de traiter du témoignage d'expert en question (comme dans le présent pourvoi), on pourrait encore lui refuser le droit de réplique pour le motif que sa décision de ne pas aborder dans son exposé cet aspect particulier du témoignage d'expert relevait d'un «choix stratégique» (selon le terme utilisé par mes collègues au par. 115 de leurs motifs). L'avocat de la défense se ferait alors dire qu'il doit subir les conséquences de cette soi-disant stratégie. La procédure la plus efficace et la plus simple serait de permettre dans tous les cas à la défense de parler en dernier. Cette procédure est aussi celle qui donne effet au droit constitutionnel garanti à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte* de présenter une défense pleine et entière.

L'autre solution proposée par mes collègues, soit que le problème des observations trompeuses ou non fondées sur la preuve faites par le ministère public puisse être résolu au moyen d'une «directive correctrice» donnée par le juge du procès, a l'inconvénient que la «correction» ne parviendrait au jury que filtrée par le juge — et non directement du camp de l'accusé. Pour que le concept de

effectively in an adversarial system, the “answer” belongs to the adversary, not to the judge.

*Trial Tactics Versus Constitutional Rights*

37 My colleagues further rationalize the merits of s. 651 by suggesting that we are dealing in this appeal with little more than trial tactics and defence strategy. Thus, as mentioned, it is surmised that defence counsel made a “strategic decision” not to deal in his closing address with the blue-face evidence (at para. 115) and in any event did not suffer by being required to address the jury first because “it is not unfair to require an accused person to engage in one of two equally advantageous jury address procedures” (at para. 112), and further (at para. 120):

At most, if the accused’s counsel in a particular case subjectively views addressing the jury last as an advantage, the accused is faced with having to weigh one perceived tactical advantage among the various other factors which go towards determining whether or not to call and examine defence witnesses. [Emphasis in original.]

38 Undoubtedly, tactics play a role in the defence, as they do in the prosecution, but tactics operate within a framework established by the Constitution. I do not share my colleagues’ assumption that defence counsel made a “strategic decision” in this case to ignore the blue-face evidence. His problem was not the “blue-face” evidence as such, but the specific way in which that evidence was used (or misused) by the Crown after defence counsel had sat down. Equally, while defence counsel may argue about the tactical advantages of addressing the jury first or last, the debate about trial tactics cannot determine the scope of the right of the accused to answer, if he or she wishes to do so, the totality of what is put against the accused. Finally, while the decision whether or not to call defence witnesses may be based on a broad mix of strategic

défense pleine et entière prene véritablement son sens dans un système accusatoire, il faut que la «réponse» appartienne à l’accusé, et non au juge.

*Tactiques de prétoire et droits constitutionnels*

Mes collègues rationalisent encore les mérites de l’art. 651 en donnant à entendre que ce dont il est question dans le présent pourvoi se résume à peu près à des tactiques de prétoire et à de la stratégie de la part de la défense. Par conséquent, ils présument, comme je l’ai dit, que la décision de l’avocat de la défense de ne pas traiter dans son exposé final de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» relevait d’un «choix stratégique» (au par. 115) et que l’accusé n’a de toute façon subi aucun préjudice du fait de devoir s’adresser au jury en premier parce «qu’il n’est pas inéquitable d’exiger que l’accusé présente son exposé au jury en conformité avec l’une ou l’autre des deux méthodes prévues, l’une et l’autre étant également avantageuses» (au par. 112). Ils ajoutent (au par. 120):

Tout au plus, si l’avocat de l’accusé dans une affaire donnée estime subjectivement que le fait de s’adresser au jury en dernier constitue un avantage, l’accusé est obligé de soupeser ce qu’il estime être un avantage tactique par rapport à divers autres facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer s’il y a lieu de produire et d’interroger des témoins pour sa défense. [Souligné dans l’original.]

Il ne fait pas de doute que la tactique joue un rôle dans la défense, tout comme dans la poursuite, mais son emploi est limité au cadre des règles fixées par la Constitution. Je ne partage pas l’opinion de mes collègues selon laquelle il faut supposer qu’en l’espèce, l’omission par l’avocat de la défense de traiter de la preuve concernant la coloration bleue du visage relevait d’un «choix stratégique». Ce n’est pas la preuve concernant «la coloration bleue du visage» comme telle qui lui posait un problème, mais la façon particulière dont cet élément de preuve a été utilisé (ou mal utilisé) par le ministère public après que l’avocat de la défense eut regagné son siège. De même, bien que les avantages de la défense ne s’entendent pas sur les avantages tactiques de s’adresser au jury en premier ou en dernier, ce débat sur les tactiques du prétoire ne

considerations, there is no justification for including amongst such considerations the threat of forfeiture of the right to address the jury last. The fact that an accused elects to call witnesses should be independent of his or her right subsequently to answer whatever the Crown seeks to use to the accused's prejudice in closing argument before the jury.

*Evolution of the Two-Speech Model of Jury Addresses*

Some of the difficulty here is created by the fact that s. 651 allows only a single address to each side. My colleagues appear in their reasons for judgment to assume the inevitability of the "two-speech" model, wherein the prosecution and the defence are ordinarily limited to one speech each.

A survey of comparable jurisdictions shows that there are a variety of approaches to the solution of the problem of closing addresses in the context of a criminal trial. As will be seen, the two-speech model was introduced in Canada in 1892 for reasons which can only be guessed at. Hansard discloses no discussion of the topic. Most of the jurisdictions which allow only two speeches permit the defence to go last or give the defence an option to go first or last. A more common option is use of the three-speech model in criminal trials. It is a rare thing to require the defence to make its closing address before hearing the closing address of the prosecution. Canada is not alone in requiring this, but it is in a dwindling minority.

In 1892, Canada adopted the procedure whereby the accused who called evidence would be required to address the jury before hearing the Crown's closing address and would not have a right of reply. At the same time, it was provided

peut limiter l'étendue du droit de l'accusé de répondre, s'il le désire, à l'ensemble de ce qu'on lui reproche. Finalement, bien que la décision de présenter ou non des témoins en défense puisse être fondée sur un vaste amalgame de considérations stratégiques, il n'y a aucune raison d'y inclure la possibilité de perdre le droit de s'adresser au jury en dernier. Le fait qu'un accusé choisisse de faire entendre des témoins devrait être indépendant de son droit de répondre subséquemment à tout ce que le ministère public cherche à utiliser à son désavantage dans l'exposé final qu'il présente au jury.

*Évolution du modèle à deux discours*

En l'espèce, une partie des difficultés provient du fait que l'art. 651 autorise chaque partie à ne présenter qu'un exposé. Mes collègues, dans leurs motifs de jugement, paraissent présumer le caractère inévitable du modèle à «deux discours», où la poursuite et la défense sont ordinairement limités à un seul discours chacun.

Un examen de ressorts comparables montre qu'il existe une diversité de méthodes pour résoudre le problème posé par l'exposé final dans le contexte d'un procès criminel. Comme nous le verrons, le modèle à deux discours a été introduit au Canada en 1892 pour des motifs sur lesquels nous ne pouvons que spéculer. Le Hansard ne révèle aucune discussion sur le sujet. La plupart des ressorts qui permettent seulement deux discours permettent à la défense de passer en dernier ou lui donnent le choix de passer en premier ou en dernier. L'utilisation d'un modèle à trois discours dans les procès criminels est beaucoup plus répandue. Il est rare que l'on exige de la défense qu'elle présente son exposé final avant d'avoir entendu celui de la poursuite. Le Canada n'est pas le seul à l'exiger, mais il fait partie d'une minorité de plus en plus faible.

En 1892, le Canada a adopté la procédure en vertu de laquelle l'accusé qui produisait des témoins devait s'adresser au jury avant d'entendre l'exposé final du ministère public et n'avait pas le droit d'y répliquer. Par la même occasion, on pré-

39

40

41

that where the accused called no evidence, the representative of the Attorney General addressed the jury first, but did have a right of reply. This lopsided arrangement was justified by vague references to the prerogatives of the Crown, but was also much criticized, as for example, in *R. v. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371 (Ont. C.A.), *per* Maclaren J.A., concurring, at p. 389:

In my opinion, the trial Judge ruled properly in his interpretation of sec. 661. It is a relic of absolutism and high prerogative, and, while it stands on the statute-book, the representative of the Attorney-General has a right to claim it, and, when he does so, the Judge must allow it.

42 The “relic” of the Crown’s right of reply was abolished in Canada by the *Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 52. Thereafter, criminal trials in this country were limited by Parliament to the two-speech model.

*Giving the Accused the Right to Go Last*

43 The problems of reply inherent in the two-speech model do not necessarily require movement to a three-speech model. Another option is to impose the unfairness generated by the two-speech model, to the extent it exists, on the Crown. If the defence always has the last word or is given the option to have the last word, the s. 7 issue is resolved.

44 England, New Zealand, and the Australian state of Victoria have enacted rules stipulating that the defence will always address the jury last. See *Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964*, 1964 (U.K.), c. 34 (England); *Crimes Act 1961*, as amended by *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 No. 98 (New Zealand); and *Crimes Act*, as amended, 1966 (Australia). These legislative amendments followed extensive law-reform initiatives, as for example, The English Law Reform Criminal Law Revision Committee, whose Fourth Report, “Order of Closing Speeches”, (July 29, 1963), Cmnd. 2148, contained the following observations at p. 5:

voyait que, lorsque l’accusé ne présentait aucun témoin, le substitut du procureur général s’adressait au jury en premier, mais avait bel et bien un droit de réplique. Cet arrangement bancal était justifié par une vague référence aux prérogatives de la Couronne, mais était aussi très critiqué; voir par exemple l’arrêt *R. c. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371 (C.A. Ont.), les motifs concordants du juge Maclaren à la p. 389:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge du procès a correctement interprété l’art. 661. C’est un reste d’absolutisme et de prérogative et, tant qu’il fait partie de la loi, le substitut du procureur général a le droit de l’invoquer et, s’il le fait, le juge doit l’accepter.

Ce «reste» constitué par le droit de réplique du ministère public a été aboli au Canada par la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 52. Dorénavant, les procès criminels au Canada étaient limités par le législateur fédéral au modèle à deux discours.

*Accorder à l’accusé le droit de passer en dernier*

Les problèmes de réplique inhérents au modèle à deux discours ne nécessitent pas forcément que l’on passe à un modèle à trois discours. Une autre solution consiste à faire porter au ministère public le poids du caractère inéquitable du système à deux discours, si tant est qu’il y a iniquité. Si la défense a toujours le dernier mot ou a le choix d’avoir le dernier mot, le problème lié à l’art. 7 est réglé.

L’Angleterre, la Nouvelle-Zélande et l’État australien de Victoria ont adopté des règles qui prévoient que la défense s’adresse toujours au jury en dernier. Voir *Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964*, 1964 (R.-U.), ch. 34 (Angleterre); *Crimes Act 1961*, modifiée par *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 n° 98 (Nouvelle-Zélande); *Crimes Act*, et modifications, 1966 (Australie). Ces modifications législatives font suite à la mise en œuvre d’importantes mesures de réforme du droit, comme, par exemple, The English Law Reform Criminal Law Revision Committee, dont le Fourth Report, «Order of Closing Speeches» (29 juillet 1963), Cmnd. 2148, comportait les observations suivantes à la p. 5:

10. In favour of providing that the defence should be given the right to the last speech in all cases there is the general principle that procedure should be such as to favour the defence so far as possible. It may be argued that it is wrong that the defence should have to weigh the advantage of calling a witness against that of having the last word. In any case it is difficult to see on what principle the right to the last speech [i.e., the defence's closing speech or the prosecution's reply] should depend on whether or not a witness is called for the defence; and the rule seems generally archaic and not to serve any useful purpose nowadays, especially as the advantage of making the last speech may not be so great now as formerly. . . .

11. Having taken these considerations into account we are of the opinion that it would be advisable to amend the law . . . so as to provide that the defence should always have the right to the last speech. The arguments of principle referred to in paragraph 10 seem to us convincing, and we can see no reasons of principle or convenience against the amendment. In this view we are fortified by the fact that in Scotland the defence always have the right to the last speech and we understand that this causes no difficulty.

The unsatisfactory nature of the present sequence of argument in Canada was noted by the Law Reform Commission of Canada *Report on the Jury* (1982), at p. 68:

Section [651] of the *Criminal Code* provides that the right to address the jury last falls to the prosecutor if witnesses are examined by the defence. We are unaware of any compelling reason why this should be so. Indeed, reason would seem to compel the opposite result if it is accepted that the party whose interests are most in jeopardy in a criminal trial should have the last word. Because the sequence of an accusatorial system requires that the prosecution prove its case before the accused is called upon to respond to the accusation against him, we believe that sequence should equally be respected in closing arguments. The Commission therefore recommends that the accused always have the right of last address. [Emphasis added.]

The Ontario Court of Appeal in *Tzimopoulos* freely acknowledged the imperfections of the present arrangement at p. 338 and expressed some

[TRANSDUCTION]

10. Plaidant en faveur d'accorder à la défense le droit de prononcer son exposé en dernier dans tous les cas, il y a le principe général suivant lequel la procédure devrait favoriser la défense le plus possible. On peut soutenir qu'il n'est pas approprié que la défense ait à sopeser s'il est avantageux de faire entendre un témoin plutôt que d'avoir le dernier mot. De toute façon, il est difficile de voir sur quel principe le droit de parler le dernier [l'exposé final de la défense ou la réplique de la poursuite] devrait dépendre du fait que la défense présente un témoin ou n'en présente pas; il semble que cette règle soit archaïque de façon générale et qu'elle ne serve aucune fin utile de nos jours, surtout que l'avantage de parler le dernier n'est peut-être pas aussi grand maintenant qu'il l'était anciennement . . .

11. Vu ces considérations, nous sommes d'avis qu'il serait préférable de modifier la loi [. . .] de manière que la défense ait toujours le droit de parler en dernier. Les principes dont il est question au par. 10 nous semblent convaincants, et nous ne pouvons voir aucune raison de principe ou de convenance contre la modification. Nous sommes confortés dans cette opinion par le fait qu'en Écosse, la défense a toujours le droit de présenter son exposé en dernier et que cela ne crée aucune difficulté.

Le caractère insatisfaisant de l'actuel ordre de présentation des plaidoiries a été souligné en 1982 dans le *Rapport sur le jury* de la Commission de réforme du droit du Canada, aux pp. 70 et 71:

Selon l'article [651] du *Code criminel*, le poursuivant a le droit de s'adresser en dernier au jury si l'accusé a fait entendre des témoins. Nous ne voyons pas pourquoi il devrait absolument en être ainsi. En fait, nous serions plutôt enclins à opter pour la solution contraire si l'on pose pour principe que c'est à la partie dont les intérêts sont les plus menacés que devrait revenir le droit de parler la dernière. Dans un système de type accusatoire, la poursuite doit faire la preuve de la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait à répondre à l'accusation portée contre lui. Nous croyons que les plaidoiries devraient être présentées dans le même ordre. Par conséquent, la Commission recommande que l'accusé ait, dans tous les cas, le droit de présenter en dernier sa plaidoirie au jury. [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Tzimopoulos*, avait reconnu volontiers les imperfections de la procédure actuelle, à la p. 338, et elle



support for the recommendations of the Law Reform Commission:

The preceding historical and comparative survey supports the conclusion that the appellant's submission is not devoid of merit. Indeed, we believe that it would significantly improve our criminal procedure if Parliament implemented the recommendation of the Law Reform Commission or, and perhaps even preferably, enacted legislation that gave the accused an election whether to address the jury first or last. There are undoubtedly many circumstances in which defence counsel would prefer to go first. No harm to the public interest would occur by giving the accused an option.

The Law Reform Commission's proposal in 1982 that the accused always have the right of last address has not yet been acted upon, or rejected, by Parliament.

*Conclusion with Respect to Section 7*

46

The foregoing analysis leads to the conclusion that s. 651 is not compatible with the s. 7 rights of an accused person to make full answer and defence. There are structural problems inherent in s. 651 which cannot be brushed aside with the response that s. 7 does not require the fairest of all possible procedures. Despite the fact that s. 651 has governed the order of jury addresses for over a century, the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* as elaborated by this Court since 1982 requires that the accused be given the right to address the Crown's actual "inferences, arguments, and ultimate theories", not merely to confront what defence counsel thinks the Crown will probably be saying after the defence sits down. The right to answer the Crown's argument should not depend on a defence decision not to call evidence. If the two-speech model is to continue then s. 7 requires that the defence have the right to go last. If a three-speech model is preferred (as discussed below under remedies), the logical sequence in light of the ultimate burden of proof would be prosecution-defence-prosecution. In most cases this would adequately protect the right of the accused to make full answer and defence. If the trial judge were of the view that the Crown had

avait bien accueilli les recommandations de la Commission de réforme du droit:

[TRADUCTION] Les études historiques et comparatives précédentes soutiennent la conclusion que l'argument de l'appelant n'est pas sans fondement. En fait, nous croyons que notre procédure criminelle serait grandement améliorée si le législateur fédéral mettait en œuvre la recommandation de la Commission de réforme du droit ou, mieux encore peut-être, s'il adoptait une loi donnant à l'accusé le choix de s'adresser au jury en premier ou en dernier. Il y a sans doute de nombreuses situations où l'avocat de la défense préférerait passer en premier. Aucun tort ne serait causé à l'intérêt public si l'on donnait à l'accusé ce choix.

Le législateur fédéral n'a pas encore adopté ni rejeté la recommandation de 1982 dans laquelle la Commission de réforme du droit du Canada proposait que l'accusé ait toujours le droit de présenter son exposé en dernier.

*Conclusion en rapport avec l'art. 7*

L'analyse qui précède conduit à conclure que l'art. 651 n'est pas compatible avec le droit garanti par l'art. 7 à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Il y a des problèmes structurels inhérents à l'art. 651 qui ne peuvent être écartés par la réponse que l'art. 7 n'exige pas la plus équitable de toutes les procédures possibles. En dépit du fait que l'art. 651 ait depuis plus d'un siècle déterminé l'ordre dans lequel sont présentés les exposés au jury, les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 de la *Charte*, tels qu'ils ont été développés par notre Cour depuis 1982, exigent que soit accordé à l'accusé le droit de répondre aux «inférences, arguments et thèses définitives» présentés réellement par le ministère public, et non simplement à ce que l'avocat de la défense pense que le ministère public dira probablement une fois que l'avocat aura repris son siège. Le droit de répondre à l'argumentation du ministère public ne devrait pas être subordonné à la décision de la défense de ne pas faire entendre de témoins. Si le modèle à deux discours doit demeurer, alors l'art. 7 exige que la défense ait le droit de passer en dernier. Si l'on préfère le modèle à trois discours (selon l'analyse faite ci-dessous sous le titre réparations), la séquence logique, eu égard à qui

raised a new and prejudicial matter in its reply, contrary to the rule against splitting an argument, a further defence submission on the new point could be permitted.

#### *The Application of Section 11(d)*

The s. 11(d) issue arises in this case because the appellant was required as a condition of calling defence evidence to forfeit his right to answer the Crown's argument. The breach of s. 7 precipitated a breach of his s. 11(d) fair trial rights. My colleagues agree that in cases where the accused is required to go first, circumstances may compel allowing the accused a right of reply. If in the operation of an otherwise constitutional procedure a *Charter* violation occurs that vitiates a particular trial, a s. 24(1) remedy is available. Where, as here, the unfairness flows from an antecedent s. 7 *Charter* violation that attaches to the statutory scheme of s. 651 itself, the appropriate remedy is found in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*. Accordingly, as in my view s. 651(3) contravenes s. 7 of the *Charter*, the remedy must be directed to s. 651 itself.

#### *Constitutional Validity of Section 651(4)*

Although s. 651(4), which relates to the sequence of jury addresses in the situation of multiple accused, is not directly in issue on the facts of this appeal, nevertheless its constitutional validity was put in issue by the constitutional questions stated by the Chief Justice. As the reasoning in relation to s. 651(3) is applicable *mutatis mutandis* to s. 651(4), it would be unhelpful for this Court to pronounce on s. 651(3) without dealing directly with the constitutionality of s. 651(4). I would

incombe en dernier lieu le fardeau de la preuve, serait la poursuite, la défense, la poursuite. Dans la plupart des cas, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière serait adéquatement protégé. Si le juge du procès était d'avis que le ministère public a soulevé dans sa réplique une question nouvelle pouvant porter préjudice à l'accusé, en contravention à la règle interdisant de scinder l'argumentation, il pourrait permettre à l'accusé de présenter des remarques sur ce nouveau point.

#### *Application de l'al. 11d)*

L'application de l'al. 11d) est soulevée en l'espèce parce que l'appelant a été obligé de renoncer à son droit de répondre à l'argumentation du ministère public pour faire entendre des témoignages pour sa défense. La violation de l'art. 7 a entraîné la violation de son droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d). Mes collègues conviennent que dans les cas où l'accusé doit passer en premier, les circonstances peuvent dicter de lui accorder un droit de réplique. Si l'application d'une procédure par ailleurs constitutionnelle donne lieu à une violation de la *Charte* qui vicie un procès donné, on peut avoir recours au par. 24(1). Lorsque, comme en l'espèce, le manquement à l'équité découle d'une violation antérieure de l'art. 7 qui tient à l'esprit de l'art. 651 même, la réparation appropriée se trouve au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non au par. 24(1) de la *Charte*. Par conséquent, comme, à mon avis, le par. 651(3) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, la réparation doit viser l'art. 651 lui-même.

#### *La validité constitutionnelle du par. 651(4)*

Même si le par. 651(4), qui porte sur l'ordre de présentation des exposés au jury dans le cas où il y a plus d'un accusé, n'est pas directement contesté vu les faits du présent pourvoi, le Juge en chef a néanmoins remis en question sa validité constitutionnelle par les questions constitutionnelles qu'il a énoncées. Comme le raisonnement se rapportant au par. 651(3) est applicable *mutatis mutandis* au par. 651(4), il n'y aurait aucun avantage à ce que notre Cour se prononce sur le par. 651(3) sans

47

48

propose that s. 651(4) be declared of no force or effect as well.

*There Is No Section 1 Justification*

49 The respondent frankly conceded that if ss. 651(3) and (4) were found to violate the *Charter*, he had no s. 1 justification to offer. There is no redeeming merit to justify the requirement that the accused purchase the right to answer the Crown's closing argument at the expense of giving up his right to call evidence.

50 While the respondent did not rely on an *Oakes*-type justification (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), he did provide the Court with considerable information about the practice in other "free and democratic" societies which, if anything, appears largely to support the appellant.

51 The vast majority of Anglo-American jurisdictions use a standard three-speech format for closing addresses in criminal trials. Following the close of the defence evidence, the prosecution makes its closing address, followed by the defence. The prosecution then has a right of reply, either automatic or discretionary. This is the case in the Australian states of Queensland, Victoria, New South Wales, South Australia; in the American states of Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming, and the District of Columbia, and under the U.S. Federal Courts. See Queensland, *The Criminal Code Act 1899*, 1899 (Queensland), No. 9, as amended, s. 619; Victoria, *Crimes Act 1976*, 1976 (Victoria), No. 8870, s. 417; New South Wales, *Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act 1997*, Schedule 1; South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 288; (regarding American state prac-

statuer directement sur la constitutionnalité du par. 651(4). Je suis d'avis de déclarer inopérant le par. 651(4) aussi.

*Il n'y a aucune justification en vertu de l'article premier*

L'intimée a admis franchement que, si l'on concluait que les par. 651(3) et (4) violent la *Charte*, elle n'avait aucune justification à offrir en vertu de l'article premier. Aucun motif ne saurait justifier l'exigence que l'accusé paie de l'abandon de son droit de présenter des témoins le droit de répondre à l'exposé du ministère public.

Bien que le substitut du procureur général n'ait pas invoqué une justification de type *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), il a fourni à la Cour amplement d'information quant à la pratique suivie dans d'autres sociétés «libre[s] et démocratique[s]» qui, si elle doit être prise en compte, paraît favoriser largement l'appellant.

Une forte majorité des ressorts anglo-américains utilisent une présentation normalisée fondée sur trois discours en ce qui concerne les exposés finals dans les procès criminels. À la clôture de la preuve de la défense, la poursuite présente son exposé final, puis, la défense fait de même. La poursuite a alors un droit de réplique, automatique ou facultatif. Il en est ainsi dans les États d'Australie suivants: Queensland, Victoria, Nouvelle-Galles du Sud, Australie-Méridionale; dans les États américains suivants: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Californie, Colorado, Connecticut, Delaware, Floride, Georgie, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiane, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nouveau-Mexique, Dakota du Nord, Oklahoma, Rhode Island, Caroline du Sud, Dakota du Sud, Tennessee, Utah, Vermont, Virginie, Washington, Virginie-Occidentale, Wisconsin, Wyoming et District de Columbia; il en est de même devant les tribunaux fédéraux des États-Unis. Voir Queensland, *The Criminal Code Act 1899*, 1899 (Queensland), n° 9, et modifications, art. 619; Victoria, *Crimes Act 1976*, 1976 (Victoria), n° 8870, art. 417; Nouvelle-Galles du Sud, *Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act*

tice) J. Alexander Tanford, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics* (1983), at pp. 139-47, and J. Alexander Tanford, "An Introduction to Trial Law" (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623; U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 29.1 and *Bailey v. State*, 440 A.2d 997 (Del. Supr. 1982).

In only six American states does the prosecution close last with no right of reply to the defence: Kentucky, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, and Pennsylvania. This same procedure is accepted in the Northern Territory of Australia, but in that jurisdiction the accused is permitted to close after the prosecution when the accused is defended by counsel who calls no witnesses to the facts except the accused: *Criminal Code Act, 1997*, Schedule 4.

All of this suggests that Crown counsel is in good company in conceding that if there were a *Charter* violation (which of course he denied), the violation is not supported by a comparison with other free and democratic societies.

#### IV. Remedies

As a majority of the Court is persuaded that ss. 651(3) and (4) are constitutionally valid, it is somewhat academic to embark on a discussion of remedies. Suffice it to say that while a simple striking down of ss. 651(3) and (4) would eliminate the objectionable provisions, and clear the way for the trial judge to regulate the order of jury addresses in a particular case in a manner consistent with the *Charter* rights of the accused, the better approach would have been for this Court to suspend any declaration of invalidity for one year. This delay would permit Parliament, if it wished, to put in place a new statutory framework to govern jury addresses that would be consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Parliament may wish to consider the various advantages and disadvantages of a two-speech model versus a three-speech model, and the implications and ramifications

1997, annexe 1; Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, art. 288; (quant à la pratique dans les États américains) J. Alexander Tanford, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics* (1983), aux pp. 139 à 147, et J. Alexander Tanford, «An Introduction to Trial Law» (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623; U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, règle 29.1, et *Bailey v. State*, 440 A.2d 997 (C. supr. Del. 1982).

Dans six États américains seulement la poursuite passe en dernier sans droit de réplique accordé à la défense: Kentucky, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York et Pennsylvanie. Cette même procédure est acceptée dans le Territoire du Nord de l'Australie, mais, dans ce ressort, l'accusé peut présenter son exposé final après la poursuite lorsque l'accusé est défendu par un avocat qui ne fait comparaître aucun témoin quant aux faits, sauf l'accusé: *Criminal Code Act, 1997*, annexe 4.

Tout ceci donne à penser que le substitut du procureur général n'est pas le seul à admettre que s'il y a violation de la *Charte* (ce qu'il nie évidemment), cette violation n'est pas justifiée par une comparaison avec ce qui se fait dans d'autres sociétés libres et démocratiques.

#### IV. Les réparations

Étant donné que les juges majoritaires de la Cour sont convaincus que les par. 651(3) et (4) sont valides du point de vue constitutionnel, il est quelque peu théorique d'entreprendre une analyse portant sur les réparations. Il suffit de dire que même si la simple annulation des par. 651(3) et (4) aurait éliminé les dispositions contestables et permis au juge du procès de déterminer l'ordre dans lequel sont présentés les exposés au jury dans chaque affaire, en tenant compte des droits de l'accusé garantis par la *Charte*, il aurait été préférable que notre Cour suspende toute déclaration d'invalidité pendant un an. Ce délai aurait permis au législateur fédéral, s'il le désirait, de mettre en place un nouveau cadre légal pour régir la présentation des exposés aux jurés qui soit conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Le législateur peut désirer sopeser les divers avantages et inconvénients

52

53

54

tions of both. The new structure might, for example, create an option for the defence to go first or last, establish a procedure governing the right of reply, and perhaps include other provisions more sophisticated and comprehensive than the Court can initiate by a simple striking down of the two offending subsections.

d'un modèle à deux discours par rapport à un modèle à trois discours, de même que les implications et les incidences de l'un et de l'autre. La nouvelle structure pourrait, par exemple, accorder à la défense le choix de passer en premier ou en dernier, établir une procédure gouvernant le droit de réplique et peut-être inclure d'autres dispositions plus raffinées et plus complètes que le régime que la Cour peut introduire en annulant simplement les deux paragraphes fautifs.

55 Two of the interveners, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada, for example, suggested that allowing the prosecution to address the jury last is important because it is frequently only at the stage of argument that the Crown learns what affirmative defences the accused is relying on. It is in the interests of justice, they say, that jurors understand the theories of the parties. As the prosecution is not infrequently taken by surprise by such defences, the Crown will be deprived of an opportunity to present a "focused rebuttal" of these defences, and the fairness of the trial will suffer. The Crown, in other words, points out the weakness of the two-speech model in circumstances where the Crown is required to go first. Parliament may conclude that these types of considerations favour a three-speech approach. In a three-speech model the accused would not expect to go last, but the fact the accused has an opportunity to answer the Crown's principal argument and is subject then only to the very limited Crown right of reply to matters raised by the accused in closing argument, would satisfy his or her s. 7 rights. Ultimately the trial judge can determine whether the Crown has abused its reply and if so to take whatever remedial action he or she thinks necessary.

Deux des intervenants, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada, ont donné à entendre, par exemple, que permettre à la poursuite de s'adresser au jury en dernier est important parce que, fréquemment, ce n'est qu'à cette étape des débats que le ministère public apprend quels moyens de défense l'accusé entend invoquer activement. Il est dans l'intérêt de la justice, affirment-ils, que les jurés comprennent les thèses des parties. Étant donné qu'il n'est pas rare que la poursuite soit prise au dépourvu par ces moyens de défense, le ministère public sera privé de la possibilité de présenter une [TRADUCTION] «réfutation directe» de ces moyens de défense, et l'équité du procès en souffrira. En d'autres termes, le ministère public souligne les faiblesses du modèle à deux discours lorsque le ministère public doit passer en premier. Le législateur fédéral peut conclure que ce type de considérations favorise un modèle à trois discours. Dans ce modèle, l'accusé ne s'attendrait pas à passer en dernier, mais le fait que l'accusé ait l'occasion de répondre à l'argumentation principale du ministère public et ait alors à subir seulement l'exercice par le ministère public de son droit à une réplique limitée sur les points que l'accusé a soulevés lui-même dans son exposé, respecterait ses droits garantis par l'art. 7. En fin de compte, le juge du procès peut déterminer si le ministère public a abusé de son droit de réplique et, le cas échéant, prendre toute mesure de réparation qu'il estime nécessaire.

56 It is evident that both the "three-speech" model and the two-speech "last address" model have their advantages and disadvantages. Each in its own way, however, attempts to ensure that at some point prior to the judge's charge to the jury the

Il est évident que tant le modèle à «trois discours» que le modèle à deux discours-exposés «finals» ont leurs avantages et leurs inconvénients. Cependant, chacun à sa façon tente de garantir que, à un moment donné avant les directives du juge au

defence has the opportunity to answer whatever is relied upon by the prosecution to obtain a conviction. As pointed out by Professor J. Alexander Tanford, who has written extensively on this subject:

The standard three-argument format is familiar. It appears in formal debates, appellate arguments, and the complaint-answer-reply sequence of civil pleadings. It permits each side the opportunity both to state its position and to respond to the opponent's argument. The more limited two-argument format undoubtedly evolved from a desire to save time in the crowded trial courts.

See Professor J. Alexander Tanford, "Closing Argument Procedure" (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47, at p. 77.

The selection from among the competing options is properly left to Parliament.

#### V. Disposition

I would propose a declaration that ss. 651(3) and (4) are inconsistent with s. 7 and s. 11(d) of the *Charter* and are therefore of no force or effect, but that the operation of such declaration be suspended for a year to permit consideration of the issues by Parliament. In light of the fact that the appellant was convicted by a procedure which was found to be violative of his *Charter* rights, I would propose that the conviction be set aside and a new trial ordered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Sections 651(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, entitle the Crown to deliver its closing address to the jury last, in certain circumstances, with no right of reply by the defence. The appellant alleges that these provisions violate an accused's right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice, guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the right to a fair trial, guaranteed by s. 11(d). I agree with my colleagues Justices

jury, la défense a l'occasion de répondre à tout ce sur quoi la poursuite se fonde pour obtenir une déclaration de culpabilité. Comme l'a fait remarquer le professeur J. Alexander Tanford, qui a beaucoup écrit sur le sujet:

[TRADUCTION] La présentation normalisée à trois discours nous est familière. Elle apparaît dans les débats formels, dans les plaidoiries présentées devant les instances d'appel et dans la séquence plainte-réponse-réplique des procédures civiles. Elle donne à chaque partie l'occasion tant d'exposer sa position que de répondre à l'argumentation de l'adversaire. La présentation plus limitée à deux discours a sans doute été inspirée par le désir de gagner du temps devant les tribunaux de première instance surchargés.

Voir Professeur J. Alexander Tanford, «Closing Argument Procedure» (1986) 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47, à la p. 77.

Il convient de laisser au législateur fédéral la responsabilité de choisir entre les différentes options.

#### V. Dispositif

Je suis d'avis de déclarer que les par. 651(3) et (4) sont incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et donc inopérants, mais que cette déclaration n'entrera en vigueur que dans un an, pour permettre au législateur fédéral d'examiner la question. Étant donné que la déclaration de culpabilité de l'appelant découle d'une procédure qui viole ses droits garantis par la *Charte*, je suis d'avis que cette déclaration soit infirmée et qu'un nouveau procès soit ordonné.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Les paragraphes 651(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, accordent au ministère public le droit de s'adresser au jury en dernier, dans certaines circonstances, sans que la défense ait un droit de réplique. L'appelant soutient que ces dispositions portent atteinte au droit de ne pas être privé de sa liberté sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, droit garanti à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et au droit à un procès équitable, protégé

57

58

59

Cory, Iacobucci and Bastarache that the provisions do not violate the *Charter*, and I agree substantially with their reasoning. There are compelling reasons for Parliament to decide to change the order in which closing addresses are given, which are forcefully set out by Justice Binnie in his reasons. Indeed, many other countries have decided, through the legislative process, to adopt a different model than the one mandated by ss. 651(3) and (4). Nevertheless, the appellant has not shown that the current procedures violate his constitutional right to a fair trial. Although a move to one of the models described by Binnie J. would in my opinion be an improvement on the existing system, the current model does not implicate the fundamental interests protected by ss. 7 and 11(d). I agree that the appellant's arguments under ss. 7 and 11(d) are similar, and, like my colleagues, I will consider them together.

par l'al. 11d). Je partage l'avis de mes collègues les juges Cory, Iacobucci et Bastarache que ces dispositions ne contreviennent pas à la *Charte*, et je souscris pour l'essentiel à leurs motifs. Il existe des raisons sérieuses qui justifieraient le Parlement de décider de modifier l'ordre de présentation des exposés au jury, raisons que le juge Binnie exprime de façon persuasive dans ses motifs. De fait, de nombreux autres pays ont décidé d'adopter par voie législative un autre modèle que celui imposé par les par. 651(3) et (4). L'appelant n'a toutefois pas démontré que la procédure en vigueur porte atteinte à son droit constitutionnel à un procès équitable. Même si l'adoption de l'un des modèles décrits par le juge Binnie constituerait, selon moi, une amélioration par rapport au système existant, le modèle actuel ne fait pas intervenir les droits fondamentaux protégés par l'art. 7 et l'al. 11d). Vu que les arguments de l'appelant fondés sur l'art. 7 et l'al. 11d) sont similaires, comme mes collègues, je les examinerai ensemble.

<sup>60</sup> The burden of proof is on the person alleging a violation of his or her *Charter* rights to show that a given provision does so. In my opinion, the appellant has not shown that speaking first violates the principles of fundamental justice, or leads to an unfair trial. As my colleagues Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. demonstrate, the appellant has not shown that going last gives an advantage to the Crown which is not given to the defence. Though the fundamental right to trial fairness might be implicated if the current system led to a bias in favour of the Crown (see *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91), this is not the case. The social science evidence tendered shows that there is no particular advantage to speaking last, and this, combined with the fact that many experienced counsel prefer to speak first, demonstrates that speaking last does not provide the Crown with an inherent advantage.

Il incombe à la personne qui allègue une atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* de prouver qu'une disposition donnée viole effectivement ses droits. À mon avis, l'appelant n'a pas démontré que le fait de prendre la parole en premier porte atteinte aux principes de justice fondamentale ou rend le procès inéquitable. Comme mes collègues les juges Cory, Iacobucci et Bastarache l'expliquent, l'appelant n'a pas établi qu'en s'adressant au jury en dernier, le ministère public bénéficie d'un avantage qui n'est pas accordé à la défense. Le droit fondamental à un procès équitable pourrait entrer en jeu si le système existant était partial et favorisait le ministère public (voir *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91), mais ce n'est pas le cas. La preuve, fondée sur des recherches en sciences sociales, suivant laquelle prendre la parole en dernier ne procure aucun avantage particulier, ajoutée au fait que de nombreux avocats d'expérience préfèrent s'adresser au jury en premier, démontre que le ministère public ne bénéficie d'aucun avantage intrinsèque en prenant la parole en dernier.

<sup>61</sup> Nor can it be said that the provisions violate the right to make full answer and defence. The appel-

On ne saurait non plus affirmer que ces dispositions portent atteinte au droit à une défense pleine

lant alleges that he has a constitutional right to respond to the interpretation of the evidence put forward by the Crown. There is a general principle that the Crown should set out its case, make disclosure, and put forward all its evidence before the accused must defend against that evidence. The right to prior knowledge of what is contained in the Crown's evidence and theory of the case is fundamental because it is the Crown's burden to present evidence sufficient to show guilt beyond a reasonable doubt. Without knowing the Crown's basic case, the defence would have to put forward its case in a vacuum, and could not even begin to answer it. (See *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 580, and *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 38.) In contrast, the closing address to the jury is restricted to an interpretation of the evidence. While it may be more difficult to formulate a defence to the Crown's inferences drawn from the evidence without knowing in advance what will be said, this knowledge is not fundamental to the ability to defend oneself effectively against a criminal charge which must be proven, on the facts, beyond a reasonable doubt. Though the "spin" on the evidence may be unexpected, and a closing address may be easier to formulate if counsel knows what the other side will say in its address, it is not fundamental to trial fairness that the defence's address come after the Crown's in the same way that it is essential that the defence's evidence be introduced after the prosecution has put forward its evidence and opening arguments.

Were the right to full answer and defence to include the right to "answer" everything the Crown said, the defence would have the constitutional right to have the Crown's jury address take place before the defence introduced any evidence. Such a change is not constitutionally necessary nor desirable. I agree with the following comments of Ryan J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81, at para. 91:

et entière. L'appelant prétend qu'il a le droit constitutionnel de répondre à l'interprétation de la preuve avancée par le ministère public. Un principe général veut que le ministère public présente son introduction, s'acquitte de son obligation de divulgation et produise toute sa preuve avant que l'accusé ne soit tenu de combattre cette preuve. Le droit d'être préalablement informé de la preuve et de la thèse du ministère public est fondamental parce qu'il incombe à ce dernier de produire suffisamment d'éléments de preuve pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Si la défense ne connaissait pas la thèse fondamentale du ministère public, elle ne pourrait même pas commencer à y répondre et serait réduite à présenter sa thèse dans l'abstrait. (Voir *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 580, et *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, au par. 38.) En revanche, l'exposé au jury se limite à l'interprétation de la preuve. Bien qu'il puisse être plus difficile de se défendre contre les inférences que le ministère public a tirées de la preuve sans savoir à l'avance ce qui sera dit, cette connaissance n'est pas indispensable pour se défendre efficacement contre une accusation criminelle qui doit être prouvée, dans les faits, hors de tout doute raisonnable. Certes, les arguments susceptibles d'être tirés de la preuve peuvent prendre une tournure inattendue et l'exposé au jury peut être plus facile à formuler lorsqu'on est au courant de ce que la partie adverse va dire, mais alors qu'il est essentiel que la preuve de la défense soit produite après que la poursuite ait présenté son introduction et sa preuve, il n'est pas fondamental pour l'équité du procès que la défense s'adresse au jury après l'exposé du ministère public.

Si le droit à une défense pleine et entière comportait le droit de «répondre» à tout ce que le ministère public avance, la défense aurait le droit constitutionnel d'exiger que le ministère public présente son exposé au jury avant que la défense ne soumette quelque preuve que ce soit. Un tel changement n'est ni nécessaire ni souhaitable du point de vue constitutionnel. Je souscris à ces remarques du juge Ryan de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81, au par. 91:



It is possible that in summing up first defence counsel will fail to recognize an argument available to the prosecution with respect to the significance and value of the evidence. It is also possible that defence counsel will anticipate and try to meet arguments that the prosecutor has failed to realize. But this will not be the first time that the defence must put their mind to the arguments available on the evidence. When the prosecution closes its case the accused must decide whether or not he or she will testify or call other evidence. . . . This decision must be made without the benefit of the prosecution's final arguments. At the same time it is made after the prosecutor has disclosed its case, made an opening before the jury, and called its evidence. Just as this procedure cannot be condemned as unfair, I am not persuaded that calling on the defence to make its arguments to the jury under the same conditions can be said to be fundamentally unfair.

While it may be preferable for the defence to have the choice to speak to the jury following the prosecution, this does not violate the fundamental rights guaranteed by the constitution.

<sup>63</sup> I agree with my colleagues' comments on the duty of a trial judge, in his or her charge to the jury, to correct inaccuracies and remedy unfairness that occurs because counsel has overstepped the bounds of what should be contained in a proper jury address. I also agree with them that in this case no miscarriage of justice arose from the trial judge's failure to do so.

#### Right of Reply

<sup>64</sup> However, I do not agree with the argument of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. that a right of reply can be given under the trial judge's inherent jurisdiction. A trial judge has the power to grant a right of reply under the inherent jurisdiction only if the *Code* has not excluded the use of this power. As a common law concept, the inherent jurisdiction is subject to the principle of parliamentary sovereignty. In I. H. Jacob, "The Inherent Jurisdiction

[TRADUCTION] Il se peut qu'en prenant la parole en premier, l'avocat de la défense laisse passer un argument que la poursuite peut invoquer en ce qui concerne l'importance et la valeur de la preuve. Il se peut également que l'avocat de la défense prenne les devants et tente de répondre à des arguments auxquels la poursuite n'aura pas songé. Mais ce ne sera pas la première fois que la défense devra réfléchir aux arguments que la preuve permet d'invoquer. Une fois que la poursuite a terminé sa preuve, l'accusé doit décider s'il témoignera ou produira d'autres preuves. [. . .] L'accusé doit prendre cette décision sans connaître la teneur de l'exposé final du ministère public. En revanche, cette décision est prise après que la poursuite se soit acquittée de son obligation de divulgation, ait présenté au jury un exposé introductif et produit sa preuve. Tout comme on ne saurait qualifier cette procédure d'inéquitable, je ne suis pas convaincu qu'on puisse affirmer que le fait de demander à la défense de présenter son argumentation au jury dans les mêmes conditions soit fondamentalement inéquitable.

Bien qu'il puisse être préférable pour la défense d'avoir le choix de s'adresser au jury après le ministère public, ceci ne viole pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Je suis d'accord avec les remarques de mes collègues sur l'obligation qu'a le juge du procès de corriger, dans son exposé au jury, les inexactitudes et de remédier à l'injustice attribuable au fait qu'un procureur dépasse les limites d'un exposé normal. Je conviens également avec eux que, dans la présente affaire, le fait que le juge du procès n'ait pas ainsi remédié à la situation n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

#### Droit de réplique

Je ne souscris toutefois pas à l'argument des juges Cory, Iacobucci et Bastarache voulant qu'un droit de réplique puisse être accordé dans le cadre de l'exercice de la compétence inhérente du juge du procès. Le juge du procès a le pouvoir d'accorder un droit de réplique dans le cadre de l'exercice de sa compétence inhérente seulement si le *Code* n'interdit pas l'exercice de ce pouvoir. En tant que concept de common law, la compétence inhérente est subordonnée au principe de la souveraineté du Parlement. Dans «The Inherent Jurisdiction of the

tion of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, the author states at p. 24:

Moreover, the term “inherent jurisdiction of the court” is not used in contradistinction to the jurisdiction conferred on the court by statute. The contrast is not between the common law jurisdiction of the court on the one hand and its statutory jurisdiction on the other, for the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision. [Emphasis added.]

In *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475, at p. 480, Dickson J. (as he then was) wrote:

In my opinion the inherent jurisdiction of the Court of Queen’s Bench is not such as to empower a judge of that Court to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will.

In *R. v. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133 (Ont. C.A.), at pp. 135-36, Kelly J.A. noted that the *Code*

does not restrict the inherent jurisdiction the Court possesses to control its own process and proceedings in any manner not contrary to the provisions of the *Criminal Code* or any other statute. . . . [Emphasis added.]

Parliament can exclude the inherent jurisdiction by clear and precise statutory language indicating the contrary.

Therefore, it must be determined whether ss. 651(3) and 651(4) of the *Code* have left the trial judge with the inherent power to order a right of reply. The sections read as follows:

**651. . . .**

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor. [Emphasis added.]

Court» (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, I. H. Jacob déclare à la p. 24:

[TRADUCTION] De plus, l’expression «compétence inhérente de la cour» n’est pas employée par opposition à la compétence que la loi confère à la cour. Il ne s’agit pas d’une distinction entre la compétence de common law de la cour, d’une part, et sa compétence d’origine législative, d’autre part, car la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l’égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu’elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475, à la p. 480, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit:

À mon avis, la compétence inhérente de la Cour du Banc de la Reine n’autorise pas ses juges à rendre une ordonnance qui va à l’encontre de la volonté clairement exprimée du législateur.

Dans l’arrêt *R. c. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133 (C.A. Ont.), aux pp. 135 et 136, le juge Kelly a fait remarquer que le *Code*

[TRADUCTION] ne limite pas la compétence inhérente qu’a la Cour de régler sa propre procédure d’une manière qui n’est pas incompatible avec les dispositions du *Code criminel* ou d’une autre loi . . . [Je souligne.]

Le législateur peut exclure l’exercice de la compétence inhérente en employant des termes clairs et précis en ce sens.

Par conséquent, il y a lieu de déterminer si les par. 651(3) et (4) du *Code* permettent l’exercice par le juge du procès du pouvoir inhérent d’accorder un droit de réplique. Ces dispositions sont ainsi libellées:

**651. . . .**

(3) Lorsque aucun témoin n’est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s’adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l’avocat de la poursuite a le droit de s’adresser au jury le dernier.

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l’un d’entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s’adresser au jury avant que le poursuivant le fasse. [Je souligne.]

In French they read:

651. . . .

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse. [Emphasis added.]

In my opinion, granting a right of reply would contravene the unambiguous terms of these sections of the *Code*. In a trial where s. 651(3) applies, the trial judge cannot give a right of reply without denying the prosecutor the entitlement or *droit* to address the jury last. Similarly, when accused are tried jointly, the words "required" and *tenus* in s. 651(4) prevent the trial judge from granting a right of reply without contravening that provision. This language makes it clear that Parliament has not left open the possibility that the judge may grant a right of reply under the inherent jurisdiction.

En anglais, elles se lisent:

651. . . .

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor. [Je souligne.]

À mon avis, accorder un droit de réplique irait à l'encontre des termes non équivoques de ces dispositions du *Code*. S'agissant d'un procès où le par. 651(3) s'applique, le juge du procès ne peut pas accorder un droit de réplique sans dénier à la poursuite le «droit» ou «*entitlement*» de s'adresser au jury en dernier. Dans le même ordre d'idées, lorsque des accusés subissent leur procès conjointement, l'emploi des mots «*tenus*» et «*required*» au par. 651(4) fait que le juge du procès ne peut pas accorder un droit de réplique sans enfreindre cette disposition. Vu ce libellé, il est clair que le législateur a écarté la possibilité que le juge puisse accorder un droit de réplique dans le cadre de l'exercice de sa compétence inhérente.

66

For this reason, the general principle is that a mistrial is declared if the Crown's jury address is so improper that it deprives the accused of the right to a fair trial: see *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738. Section 24(1) of the *Charter*, however, enables a Court to grant a constitutional exemption from legislation that is constitutional in its general application if in the circumstances of a particular case an unconstitutional result would otherwise occur. It may be that if the prosecution's jury address would lead to an unfair trial, and this cannot be corrected by the trial judge's charge, this would be an appropriate case for an order under s. 24(1) giving a right of reply, in order to avoid the necessity of a second trial. However, this issue was not argued by the parties. In addition, it is not necessary to decide it here since, as stated by my colleagues Cory, Iacobucci and Bastarache JJ., the

Pour cette raison, le principe général veut que le procès soit déclaré nul si l'exposé du ministère public au jury est incorrect au point de priver l'accusé du droit à un procès équitable: voir *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* autorise, toutefois, une cour de justice à accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une disposition législative constitutionnelle dans son application générale si, dans les circonstances d'une affaire particulière, le résultat se révèle par ailleurs inconstitutionnel. Si l'exposé de la poursuite au jury rendait le procès inéquitable, sans que le juge du procès puisse remédier à cette situation dans son exposé au jury, il pourrait être approprié de rendre une ordonnance fondée sur le par. 24(1) accordant un droit de réplique afin d'éviter la tenue d'un deuxième procès. Cette question n'a cependant pas été débattue par les parties. Il n'est donc pas nécessaire ici de nous prononcer sur ce point puisque, comme l'ont

Crown's address was not so improper that the appellant's trial was unfair.

For these reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as proposed by Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.

The judgment of Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. was delivered by

CORY, IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal concerns the constitutionality of ss. 651(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Subsection 651(3) requires counsel for the accused to make his or her closing address to the jury first if witnesses are called and examined by the defence. Subsection 651(4) compels this same order of address where two or more accused are tried jointly and any one of them calls and examines witnesses. The principal issue raised in this appeal is whether these provisions contravene either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The inherent jurisdiction of the trial judge and the right of reply are also implicated.

#### I. Facts

On January 31, 1990, the deceased, Norma Rose, returned home to London, Ontario from a trip to Florida. Although Ms. Rose had a history of depression and several attempted suicides coincident with severe episodes of depression, the evidence revealed that she had been in good spirits following her trip. She was last seen shortly after her return. On May 1, 1990, her body was recovered from the St. Clair River in Sarnia, Ontario. On October 11, 1990, her luggage was recovered from the Thames River in London, Ontario.

The police questioned the appellant on two occasions regarding his mother's disappearance.

décidé mes collègues les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, l'exposé du ministère public n'était pas incorrect au point de rendre le procès de l'appelant inéquitable.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par les juges Cory, Iacobucci et Bastarache.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache rendu par

LES JUGES CORY, IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des par. 651(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le paragraphe 651(3) dispose que l'avocat de l'accusé doit présenter son exposé final au jury en premier si des témoins ont été produits et interrogés par la défense. Le paragraphe 651(4) impose le même ordre de présentation lorsque deux accusés ou plus sont jugés conjointement et que l'un d'entre eux produit et interroge des témoins. La question principale que soulève le présent pourvoi est de savoir si ces dispositions contreviennent soit à l'art. 7, soit à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La compétence inhérente du juge du procès et le droit de réplique sont aussi concernés.

#### I. Les faits

Le 31 janvier 1990, la victime, Norma Rose, est rentrée chez elle, à London (Ontario), après avoir fait un voyage en Floride. Bien que M<sup>me</sup> Rose ait connu des épisodes de grave dépression au cours desquels elle a fait plusieurs tentatives de suicide, la preuve révèle qu'elle était de bonne humeur à la suite de son voyage. On l'a vue pour la dernière fois peu de temps après son retour. Le 1<sup>er</sup> mai 1990, son corps est retiré de la rivière St. Clair, à Sarnia (Ontario). Le 11 octobre 1990, ses bagages sont repêchés dans la rivière Thames, à London (Ontario).

La police a interrogé l'appelant à deux reprises au sujet de la disparition de sa mère. À chaque

67

68

69

70

Each time he denied any knowledge of her whereabouts. He was arrested in June of 1990 and charged with second degree murder.

71 At trial, the appellant testified that upon his mother's return from Florida she had been very angry with him as he had failed to keep the house clean and to make various repairs. He stated that an argument ensued, during which he struck his mother on the head, knocking her unconscious. It was the Crown's theory that, wishing his mother dead and fearful of being charged with assault, the appellant had strangled her immediately after striking her. The appellant denied this version of events, testifying that, upset over hitting his mother, he had fled the house. He stated that when he returned, he found his mother apparently dead, having hanged herself with a coaxial cable. There was no suicide note.

72 The appellant testified that after finding his mother he called a friend, Christopher Henderson, and asked him to come by the house. Henderson was subsequently charged with being an accessory after the fact. Henderson testified that, upon his arrival, the appellant had admitted to killing his mother. He also stated that he and the appellant had discussed various means of disposing of the body to make it appear as if it were a missing person situation. The appellant denied having made the admission, but conceded that he had felt that his mother's death was his fault in light of their fight an hour earlier.

73 On the following day, the appellant retrieved his mother's unpacked luggage from a neighbour's home. According to his testimony, that evening, he wrapped his mother's body in a green garbage bag and transferred it to the trunk of her car. He moved the car to a different location every two days for the next few days, so that it would not be noticed. The appellant testified that he had driven to a lake near Algonquin Park on February 9, 1990, with the intention of disposing of the body; however, for emotional reasons he was unable to do so. The next day, the appellant and Henderson drove to Sarnia in Ms. Rose's car with her body still in the

fois, l'appelant a nié savoir où elle se trouvait. Il a été arrêté en juin 1990 et accusé de meurtre au deuxième degré.

Au procès, l'appelant a témoigné qu'à son retour de Floride, sa mère était très en colère contre lui parce qu'il n'avait pas gardé la maison propre et n'avait pas effectué diverses réparations. Il a affirmé qu'au cours de la dispute qui a suivi, il a frappé sa mère à la tête et que celle-ci a perdu conscience. Selon la thèse du ministère public, l'appelant, souhaitant la mort de sa mère et craignant d'être accusé de voies de fait, l'a étranglée immédiatement après l'avoir frappée. L'appelant a nié cette version des faits et a témoigné qu'il s'était enfui de la maison, bouleversé d'avoir frappé sa mère. Il a affirmé qu'à son retour, sa mère était apparemment morte, s'étant pendue avec un câble coaxial. Elle n'a pas laissé de note de suicide.

L'appelant a témoigné qu'après avoir trouvé sa mère, il a appelé un ami, Christopher Henderson, et lui a demandé de venir à la maison. Henderson a subséquemment été accusé de complicité après le fait. Henderson a témoigné que, dès son arrivée, l'appelant a admis avoir tué sa mère. Il a aussi affirmé que l'appelant et lui avaient parlé des divers moyens qu'ils pouvaient prendre pour se débarrasser du corps et faire croire à une disparition. L'appelant a nié avoir fait cette admission, mais il a reconnu qu'il s'était senti responsable de la mort de sa mère, compte tenu de la dispute qu'ils avaient eue une heure plus tôt.

Le lendemain, l'appelant a récupéré les bagages défaits de sa mère chez un voisin. Selon son témoignage, il a enveloppé ce soir-là le corps de sa mère dans un sac à déchets vert et l'a déposé dans le coffre de la voiture de la défunte. Il a déplacé la voiture tous les deux jours pendant quelques jours pour qu'on ne la remarque pas. L'appelant a témoigné qu'il s'est rendu en voiture à un lac près du parc Algonquin le 9 février 1990, avec l'intention de se débarrasser du corps; toutefois, pour des raisons émotives, il a été incapable de le faire. Le lendemain, l'appelant et Henderson se sont rendus jusqu'à Sarnia dans la voiture de M<sup>me</sup> Rose, le

trunk. After dark, they tied cement blocks to the body and pushed it into the St. Clair River.

In mid-March of 1990, Henderson told Gregory Jackson, a mutual friend, that the appellant had killed his mother. Jackson testified at trial that approximately one to two weeks later, the appellant told him that he had indeed killed his mother.

Forensic evidence was called by both the appellant and the Crown. The experts agreed that Ms. Rose's death was probably caused by soft asphyxia, which would be consistent with either gentle hanging or soft ligature strangulation. Thus, in light of the medical evidence and Ms. Rose's history of attempted suicides, suicide was a viable defence.

Dr. Jaffe, the last witness called by the defence, testified that a ligature around the neck causes a blue pallor above the ligature. Neither counsel had questioned the appellant about the colour of his mother's skin above the ligature. When Dr. Jaffe was asked by the Crown during cross-examination whether the blue pallor would be noticeable at the time the person was discovered, he responded that it would be apparent to a "reasonably skilled observer". He was not asked and did not explain what training or skill would be required in order to meet this standard.

Following the presentation of the defence evidence, counsel for the appellant was required, pursuant to s. 651(3) of the *Code*, to make his closing address to the jury before Crown counsel did so. Prior to the closing arguments, counsel for the appellant sought a ruling pursuant to the *Charter* permitting him to address the jury last or to reply to the Crown's closing address. His application was denied. Counsel for the appellant then addressed the jury, making no reference to Dr. Jaffe's evidence concerning skin colour. Subsequently, counsel for the Crown addressed the jury and twice asked the jury to draw negative infer-

corps de cette dernière se trouvant toujours dans le coffre. À la nuit tombée, ils ont attaché des blocs de béton au cadavre et l'ont jeté dans la rivière St. Clair.

À la mi-mars 1990, Henderson a dit à Gregory Jackson, un ami commun, que l'appelant avait tué sa mère. Jackson a témoigné au procès qu'environ une ou deux semaines plus tard, l'appelant lui a dit avoir de fait tué sa mère.

Une expertise médico-légale a été présentée tant par l'appelant que par le ministère public. Les experts s'entendent pour dire que la mort de M<sup>me</sup> Rose a probablement été causée par une asphyxie (*soft asphyxia*), compatible tant avec une pendaison sans violence qu'avec une strangulation au lien, avec compression légère. Par conséquent, vu la preuve médicale et les tentatives de suicide antérieures de M<sup>me</sup> Rose, le suicide constituait une défense viable.

Dernier témoin à être cité par la défense, le D<sup>r</sup> Jaffe a affirmé que la constriction du cou sous l'effet du lien provoque une pâleur bleue au-dessus du lien. Aucun des avocats n'a interrogé l'appelant au sujet de la coloration de la peau de sa mère au-dessus du lien. Lorsque le ministère public a demandé au D<sup>r</sup> Jaffe au cours du contre-interrogatoire si cette pâleur bleue pouvait être remarquée au moment de la découverte du corps, il a répondu qu'un [TRADUCTION] «observateur raisonnablement averti» l'aurait vue. Il n'a pas précisé, et on ne le lui a pas demandé, quelle formation ou aptitude serait nécessaire pour satisfaire à cette norme.

À la suite de la présentation de la preuve de la défense, l'avocat de l'appelant s'est vu dans l'obligation, conformément au par. 651(3) du *Code*, de livrer son exposé final au jury avant que le ministère public ne le fasse. Mais auparavant, l'avocat de l'appelant a sollicité en invoquant la *Charte* une ordonnance l'autorisant à s'adresser au jury en dernier ou à répondre à l'exposé final du ministère public. Sa demande a été rejetée. L'avocat de l'appelant a alors présenté son exposé au jury sans faire référence aux remarques du D<sup>r</sup> Jaffe concernant la coloration de la peau. Le ministère public s'est ensuite adressé au jury et, par deux fois, lui a

74

75

76

77

ences with regard to the appellant's credibility based on his failure to notice that his mother's face was blue. Following the judge's charge to the jury, defence counsel stated that he had not anticipated that the colour of the deceased's skin was a live issue and thus had not mentioned it in his address. Defence counsel requested that the trial judge review the evidence on this issue with the jury but he refused to do so.

<sup>78</sup> The jury found the appellant guilty of second degree murder. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal. The principal issue before the Court of Appeal on the conviction appeal was the constitutionality of the *Code* provisions which compel counsel for the defence to address the jury before Crown counsel at the close of the case. The appeal was dismissed by the majority of the court. The two dissenting members of the Court of Appeal would have set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the impugned provisions violate s. 7 of the *Charter* and ought to be declared of no force or effect.

## II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

<sup>79</sup> *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

### 651. . . .

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor.

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can

demandé de tirer des conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'appelant parce qu'il n'avait pas remarqué que sa mère avait le visage bleu. Après que le juge eut donné ses directives au jury, l'avocat de la défense a déclaré qu'il ne s'attendait pas à ce que la coloration du visage de la défunte soit une question réelle et qu'il n'en avait donc pas fait mention dans son exposé. L'avocat de la défense a demandé au juge du procès de réexaminer la preuve sur ce point à l'intention du jury, mais le juge a refusé.

Le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au deuxième degré. L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. La question principale soulevée devant la Cour d'appel quant à l'appel formé contre la déclaration de culpabilité portait sur la constitutionnalité des dispositions du *Code* qui obligent l'avocat de la défense à s'adresser au jury avant le ministère public lorsque la présentation de la preuve est terminée. À la majorité, les juges de la Cour d'appel ont rejeté l'appel. Les deux juges dissidents de la Cour d'appel étaient d'avis d'infirmier la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès pour le motif que les dispositions contestées violent l'art. 7 de la *Charte* et devraient être déclarées inopérantes.

## II. Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

### 651. . . .

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse.

### *Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

### III. Judicial History

A. *Ontario Court of Appeal* (1996), 28 O.R. (3d) 602

(1) Dubin C.J., Brooke and Osborne JJ.A. concurring

Dubin C.J. observed that the issue of the constitutionality of the prescribed order of jury addresses under the *Code* was not a new one. Rather, he noted that it had been fully canvassed in *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304 (Ont. C.A.), leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. xv, in which the Court of Appeal concluded that s. 651(3) did not violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. As in *Tzimopoulos*, Dubin C.J. stated that the court in the instant appeal was concerned not with whether changing the order of jury addresses would result in fairer trials, but with whether such a change is necessary to preserve the principles of fundamental justice guaranteed under the *Charter*.

After reviewing several authorities which followed *Tzimopoulos*, *supra*, Dubin C.J. stated that no arguments had been advanced which would warrant a departure from the holding in that case. He found that there was no evidence to support the assertion that the order of jury addresses prescribed by the *Code* deprives the accused of the

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

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 . . . .

### III. Historique judiciaire

A. *Cour d'appel de l'Ontario* (1996), 28 O.R. (3d) 602

(1) Le juge en chef Dubin, avec l'appui des juges Brooke et Osborne

Le juge en chef Dubin a fait remarquer que la question de la constitutionnalité des dispositions du *Code* qui prescrivent l'ordre dans lequel les exposés doivent être présentés au jury n'est pas nouvelle. Il a noté qu'elle avait été au contraire examinée à fond dans l'arrêt *R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv, où la Cour d'appel avait conclu que le par. 651(3) ne violait ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Comme dans *Tzimopoulos*, le juge en chef Dubin a affirmé qu'en l'espèce la cour devait trancher non la question de savoir si un changement dans l'ordre de la présentation des exposés au jury résulterait en des procès plus équitables, mais celle de savoir si un tel changement était nécessaire pour assurer le respect des principes de justice fondamentale garantis par la *Charte*.

80

Après avoir examiné plusieurs des décisions qui ont suivi l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, le juge en chef Dubin a affirmé qu'aucun argument justifiant que l'on s'écarte de la position adoptée dans cet arrêt n'avait été présenté. Il a jugé qu'aucune preuve n'était l'affirmation selon laquelle l'ordre de présentation des exposés au jury prescrit par

81



right to a fair trial or violates the principles of fundamental justice. In Dubin C.J.'s view, it was "well known" that many defence counsel prefer to address the jury first. He also noted that in making full answer and defence, it is the evidence that the accused must meet and not the closing address of the Crown.

le *Code* nie à l'accusé le droit à un procès équitable ou viole les principes de justice fondamentale. Selon le juge en chef Dubin, il est [TRADUCTION] «bien connu» que de nombreux avocats de la défense préfèrent s'adresser au jury en premier. Il a aussi fait remarquer que pour présenter une défense pleine et entière, c'est à la preuve présentée que l'accusé doit répondre et non à l'exposé final du ministère public.

82

Dubin C.J. acknowledged that there are some defence counsel who prefer to address the jury last. He also took note of the body of opinion that suggests that order of address is of little significance. In his opinion, the divergence of opinion on this matter tends to support a finding that the question of order does not raise constitutional issues. Furthermore, Dubin C.J. observed that it is the trial judge, not Crown counsel, who has the last word to the jury. In his view, any unfairness in the Crown's address can be rectified by a complaint to the trial judge, who should correct those mistakes by Crown counsel that would result in an unfair trial. Dubin C.J. concluded on this point by citing the wide acceptance of *Tzimopoulos*, *supra*, and the advisability of uniformity in the practice of criminal law, as additional reasons why it would be inappropriate to find that *Tzimopoulos* had been wrongly decided.

Le juge en chef Dubin a reconnu que certains avocats de la défense préfèrent s'adresser au jury en dernier. Il a aussi pris en considération le courant d'opinion selon lequel l'ordre de présentation des exposés a peu d'importance. À son avis, les différences d'opinions sur la question tendraient à montrer que l'ordre de présentation ne soulève pas de questions constitutionnelles. En outre, le juge en chef Dubin a fait remarquer que c'est le juge du procès, non le ministère public, qui s'adresse le dernier au jury. À son avis, tout manque d'équité de l'exposé du ministère public peut être corrigé au moyen d'une plainte présentée au juge du procès, qui devrait rectifier les erreurs du ministère public qui sont susceptibles de rendre le procès inéquitable. Le juge en chef Dubin a conclu sur ce point en mentionnant l'acceptation généralisée de l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, et l'avantage de l'uniformité dans la pratique du droit criminel, comme raisons supplémentaires pour lesquelles il ne serait pas approprié de conclure que l'arrêt *Tzimopoulos* a été rendu de manière erronée.

83

Dubin C.J. turned next to the appellant's submission that even if the trial judge had been correct to order defence counsel to address the jury first, the trial judge ought to have given the defence a right of reply. In his view, where Crown counsel's jury address oversteps the bounds of propriety to such a degree that the resulting unfairness cannot be remedied by the comments of the trial judge, the only way to ensure a fair trial is to give the defence a brief right of reply. He concluded that in the circumstances of the case at bar, there was no need to grant that limited right of reply.

Le juge en chef Dubin a ensuite examiné l'argument de l'appellant selon lequel même si le juge du procès avait eu raison d'ordonner à l'avocat de la défense de s'adresser au jury en premier, il aurait dû accorder à la défense un droit de réplique. À son avis, lorsque l'exposé du ministère public au jury dépasse les bornes au point que le manque d'équité en résultant ne peut pas être corrigé par le juge du procès, la seule façon de garantir le caractère équitable du procès est de donner à la défense le droit de répondre brièvement. Le juge en chef Dubin a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas nécessaire d'accorder ce droit de réplique limité.

(2) Carthy J.A., Laskin J.A. concurring (dissenting)

Carthy J.A. considered the right of reply to the Crown's address at the outset of his reasons. In his view, isolating this right confuses the real issue. He stated that the right of reply raises a vast number of problematic sub-issues, all of which detract from the fundamental questions as to whether *Charter* protections are violated by imposing a condition on defence counsel's choice of calling and examining or not calling and examining witnesses, and whether requiring the defence to address the jury first can be justified under the *Charter*. In his view, at p. 618, the "only pure answer" to the *Charter* issue comes from determining" the answer to these questions.

Carthy J.A. found that both the right to make full answer and defence and the "generally accepted value in any context of having the last word" (at p. 619) support the position that those accused persons who wish to address the jury last should, at least, have that choice. In his view, neither the imposition of an arbitrary condition upon the choice as to whether to call and examine witnesses nor requiring the defence to address the jury first where the accused calls and examines witnesses appears to benefit the trial process in any perceptible way. Rather, Carthy J.A. found that the rules in question appear to penalize the accused and are of no apparent benefit to the efficient search for truth.

For those who consider the order of address to be an important factor, Carthy J.A. was of the opinion that the impugned provisions of the *Code* would prejudice their unrelated decision with respect to the calling of evidence. In his view, the presentation of defence evidence is part of full answer and defence and should not be impinged upon arbitrarily. In addition, he maintained that the final address to the jury was also part of the right to make full answer and defence. This, he stated,

(2) Le juge Carthy, avec l'appui du juge Laskin (dissidents)

Le juge Carthy a, au tout début de ses motifs, examiné le droit de répondre à l'exposé du ministère public. À son avis, considérer ce droit de façon isolée brouille la vraie question. Il a affirmé que le droit de réplique soulève un nombre considérable de sous-questions difficiles qui détournent toutes des questions fondamentales, savoir si les protections prévues par la *Charte* sont violées du fait que la décision de l'avocat de la défense de produire et d'interroger des témoins ou de ne pas le faire est subordonnée au respect d'une condition et si l'obligation pour la défense de s'adresser au jury en premier peut être justifiée en vertu de la *Charte*. Il a jugé, à la p. 618, que la [TRADUCTION] «"seule réponse nette" à la question concernant la *Charte* dépend» de la solution apportée à ces questions.

84

Le juge Carthy a conclu que tant le droit de présenter une défense pleine et entière que [TRADUCTION] «la valeur généralement attachée en toutes circonstances au fait d'avoir le dernier mot» (à la p. 619) étayent la position selon laquelle les accusés qui désirent s'adresser au jury en dernier devraient, au moins, pouvoir faire ce choix. À son avis, ni la subordination de la décision de produire et d'interroger des témoins au respect d'une condition arbitraire ni l'obligation faite à la défense de s'adresser en premier au jury lorsque l'accusé produit et interroge des témoins ne paraissent présenter le moindre avantage pour le processus judiciaire. Au contraire, le juge Carthy a conclu que les règles en question semblent pénaliser l'accusé sans apparemment favoriser la recherche efficace de la vérité.

85

Quant aux avocats qui considèrent que l'ordre de présentation des exposés est un facteur important, le juge Carthy a exprimé l'avis que les dispositions contestées du *Code* leur nuiraient dans la prise d'une décision indépendante quant à savoir s'ils devaient présenter une preuve. Selon lui, la présentation d'éléments de preuve par la défense fait partie intégrante du droit à une défense pleine et entière sur lequel il ne faut pas empiéter arbitrairement. De plus, il a soutenu que l'exposé final au

86

was clearly manifested in the case at bar by the Crown's use of rhetoric and persuasive logic to invite inferences detrimental to the appellant's case for his failure to address the pallor of the deceased's face and the defence's inability to match it. He added that it cannot continue to be said that the trial judge can complete an answer by the defence that is less than full. He cautioned against the trial judge's becoming an advocate on behalf of either party.

jury était aussi visé par le droit de présenter une défense pleine et entière et que cela ressortait clairement en l'espèce du recours par le ministère public à l'éloquence et à la logique persuasive pour inciter le jury à tirer des conclusions défavorables à l'appelant parce que ce dernier a omis de parler de la pâleur du visage de la défunte et que la défense n'a pas su répondre. Il a ajouté qu'on peut continuer d'affirmer que le juge du procès peut suppléer aux lacunes d'une défense qui ne serait pas pleine et entière. Il a fait une mise en garde contre la possibilité que le juge du procès ne prenne fait et cause pour l'une ou l'autre partie.

<sup>87</sup> Turning to s. 11(d) of the *Charter*, Carthy J.A. found that s. 651 of the *Code* offends the appellant's right to be presumed innocent. He questioned why, when the jury hears that the burden is always upon the Crown, the defence has to speak first and defend itself. He was of the opinion that the presumption of innocence could best be upheld if addresses to the jury were made in the same order as evidence is called. In the present case, he noted that Crown counsel's address had challenged the appellant's credibility on the basis of his imputed failure to notice the colour of his mother's face. Carthy J.A. was of the view that the jury might have considered the appellant's counsel's silence on this matter to be a significant factor and, if this in fact occurred, the onus of proof was reversed. Carthy J.A. found that the presumption of innocence is a factor to be "synthesized" with others in considering the fairness of the trial. In assessing the degree of unfairness he found it noteworthy that no one was contending that any societal purpose was served by the impugned provisions. He queried why unfairness should be tolerated if nothing is to be gained from its perpetuation.

Passant à l'examen de l'al. 11d) de la *Charte*, le juge Carthy a conclu que l'art. 651 du *Code* porte atteinte au droit de l'appelant d'être présumé innocent. Il s'est demandé pourquoi, alors que le jury se fait dire que le fardeau de la preuve repose toujours sur le ministère public, la défense serait obligée de prendre la parole la première et de se défendre. Il était d'avis que la meilleure façon d'assurer le respect de la présomption d'innocence était d'adopter pour les exposés au jury le même ordre de présentation que pour la preuve. En l'espèce, il a souligné que le substitut du procureur général avait attaqué la crédibilité de l'appelant dans son exposé en lui reprochant de ne pas avoir remarqué la coloration du visage de sa mère. Selon le juge Carthy, le jury a pu considérer que le silence de l'avocat de la défense sur ce point était un facteur significatif et, si c'est cela qui est arrivé, il y a eu inversion du fardeau de la preuve. Le juge Carthy a conclu que la présomption d'innocence devait être intégrée aux autres facteurs à prendre en considération pour juger du caractère équitable du procès. Évaluant ce caractère équitable, il a conclu qu'il convenait de noter que personne n'avait affirmé que les dispositions contestées permettaient de réaliser un but social. Il s'est demandé pourquoi le manque d'équité devrait être toléré s'il n'y a rien à en retirer.

<sup>88</sup> On the basis of all of these considerations, Carthy J.A. at p. 621 held that the impugned provisions of the *Code* "impose manifest unfairness upon an accused person". As to the jurisprudence on the subject, he reviewed the leading cases and

Se fondant sur toutes ces considérations, le juge Carthy a conclu, à la p. 621, que les dispositions contestées du *Code* [TRADUCTION] «sont manifestement inéquitables envers l'accusé». Ayant examiné les arrêts de principe sur le sujet et fait remarquer

noted that the majority upheld the constitutionality of the sections now under review. However, he considered it to be of great import (at p. 622) that *Tzimopoulos, supra*, the leading case in this area, had been decided “when the *Charter* was in its relative infancy”. In his opinion, since that time, courts have become increasingly willing to assume an assertive role under s. 7 of the *Charter* and, in appropriate circumstances, have set aside well-established rules of procedure. Further, he observed that, over time, societal values, or the lack thereof, have assumed a greater role in defining the rights of the accused. It is this “evolution” which served as the basis for Carthy J.A.’s conclusion that the issue before him warranted fresh analysis in the context of the *Charter* as it is being applied today.

Carthy J.A. went on to note that several jurisdictions outside Canada have amended their laws to permit the defence to address the jury last in all circumstances and that the Law Reform Commission of Canada has recommended that this country follow suit.

Carthy J.A. concluded that the provisions under attack violated s. 7 of the *Charter*. He noted that the Crown had not suggested a justification for the violation under s. 1 and stated that he could not find one. Thus, he would have declared the impugned provisions of no force or effect but suspended the declaration for six months to permit Parliament to pass amending legislation.

#### IV. Issues

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

1. Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a trial in accordance with the principles of fundamental justice and/or the right of an accused person to make full answer and defence, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question #1 is yes, is the said infringement or denial of the s. 7 right, a reasonable

que la majorité d’entre eux confirmaient la constitutionnalité des articles en cause, il a cependant attaché une grande importance au fait que l’arrêt *Tzimopoulos*, précité, a été rendu [TRADUCTION] «alors que la *Charte* était encore relativement nouvelle» (à la p. 622). À son avis, depuis, les tribunaux acceptent de plus en plus de faire preuve d’autorité dans l’application de l’art. 7 de la *Charte* et, lorsque les circonstances s’y prêtaient, ils ont écarté des règles de procédure bien établies. En outre, il a fait observer qu’au fil du temps, les valeurs sociales, ou leur absence, ont joué un rôle plus grand dans la définition des droits de l’accusé. C’est cette «évolution» qui a servi de fondement à la conclusion du juge Carthy selon laquelle la question qui lui était soumise justifiait une toute nouvelle analyse dans le contexte de l’application actuelle de la *Charte*.

Le juge Carthy a ajouté que plusieurs ressorts étrangers avaient modifié leurs lois de manière à permettre à la défense de s’adresser au jury la dernière en toutes circonstances et que la Commission de réforme du droit du Canada avait recommandé que le Canada fasse de même.

Le juge Carthy a conclu que les dispositions contestées violent l’art. 7 de la *Charte*. Il a souligné que le ministère public n’avait pas proposé de justification pour cette violation en application de l’article premier et il a affirmé qu’il ne pouvait en trouver aucune. Par conséquent, il était d’avis de déclarer les dispositions contestées inopérantes, mais de suspendre cette déclaration pour six mois de manière à permettre au législateur fédéral de modifier la loi.

#### IV. Les questions en litige

Dans le présent pourvoi, la Cour doit trancher les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l’inculpé à un procès en conformité avec les principes de justice fondamentale ou à son droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. En cas de réponse affirmative à la première question, l’atteinte portée au droit garanti par l’art. 7 constitue-

89

90

91

limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a fair trial at which he or she is presumed innocent, as guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to Question #3 is yes, is the said infringement or denial of the s. 11(d) right, a reasonable limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

## V. Analysis

### A. Introduction

92 Subsection 651(3) of the *Code* reads as follows:

**651. . . .**

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

Subsection 651(4) ensures that this same order of address is maintained where two or more accused are tried jointly and any one of them calls and examines witnesses:

**651. . . .**

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor.

93 The appellant submits that these provisions violate s. 7 of the *Charter*, because (1) they interfere with the accused's right to make full answer and defence, by restricting the accused's ability to know the Crown's full case prior to responding with the final jury address, and (2) they create procedural unfairness by requiring an accused person to choose between two fundamental protections, namely, the right to call and examine witnesses in one's own defence on the one hand, and the right to answer the Crown's entire case on the other hand. The requirements of the impugned sections

t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'aura pas été déclaré coupable à l'issue d'un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. En cas de réponse affirmative à la troisième question, l'atteinte portée au droit garanti par l'al. 11d) constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

## V. Analyse

### A. Introduction

Le paragraphe 651(3) du *Code* est ainsi conçu:

**651. . . .**

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

Le paragraphe 651(4) garantit que l'ordre de présentation des exposés au jury est le même lorsque deux ou plusieurs accusés sont jugés conjointement et que l'un d'eux produit et interroge un témoin:

**651. . . .**

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse.

L'appelant allègue que ces dispositions violent l'art. 7 de la *Charte* pour les raisons suivantes: (1) elles portent atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière parce qu'elles l'empêchent de prendre connaissance de l'ensemble des arguments du ministère public avant de répondre dans l'exposé final au jury; (2) elles sont à l'origine d'un manque d'équité procédurale parce qu'elles exigent de l'accusé qu'il choisisse entre deux protections fondamentales, c'est-à-dire le droit de produire et d'interroger des témoins pour sa défense, d'une part, et, le droit de répondre

also violate the right to be presumed innocent and to a fair trial under s. 11(d) of the *Charter*, the appellant submits, largely for the same reasons.

**B. Interplay of Sections 7 and 11(d) of the Charter**

Sections 7 and 11(d) of the *Charter* provide as follows:

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

11. Any person charged with an offence has the right

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

It is well established that the legal rights set out in ss. 8 through 14 of the *Charter* address, among other things, specific deprivations of the right to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and that these provisions are therefore illustrative of the meaning of the principles of fundamental justice: see *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502, *per* Lamer J. (as he then was). Similarly, all of the legal rights provisions are to be informed in their interpretation and application by the principles of fundamental justice. In particular, ss. 7 through 14 are informed by the cardinal principles of the presumption of innocence and the right to a fair trial. The principles of fundamental justice and the requirements of s. 11(d) are “inextricably intertwined”: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603.

The appellant has articulated his claim under both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter*, although he concedes that much of his argument relating to s. 7

à tous les arguments du ministère public, d’autre part. L’appelant soutient, en bonne partie pour les mêmes raisons, que les exigences des dispositions contestées violent aussi le droit à la présomption d’innocence et à un procès équitable garanti par l’al. 11d) de la *Charte*.

**B. Interrelation de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la Charte**

L’article 7 et l’al. 11d) de la *Charte* sont ainsi conçus:

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

11. Tout inculpé a le droit:

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 . . .

Il est bien établi que les garanties juridiques énoncées aux art. 8 à 14 de la *Charte* portent, entre autres, sur des atteintes précises au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et constituent donc des illustrations du sens de l’expression principes de justice fondamentale: voir *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 502, le juge Lamer (maintenant Juge en chef). De façon similaire, toutes les dispositions ayant trait aux garanties juridiques doivent être interprétées et appliquées à la lumière des principes de justice fondamentale. Plus particulièrement, les art. 7 à 14 reposent sur les principes fondamentaux de la présomption d’innocence et du droit à un procès équitable. Les principes de justice fondamentale et les exigences de l’al. 11d) sont «inextricablement liés»: voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603.

L’appelant invoque tant l’art. 7 que l’al. 11d) de la *Charte*, bien qu’il admette qu’une bonne partie de son argumentation se rapportant à l’art. 7 s’ap-

94

95

96

applies equally to s. 11(d). We agree with the proposition that *Charter* claims should be articulated under the more specific legal rights guarantees where an alleged infringement falls squarely within a particular provision: see, e.g., *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 311, *per* Lamer C.J. In this case, the appellant's focus is upon the alleged infringement of the right to make full answer and defence, as well as upon the procedural unfairness of being required to choose between exercising this right and exercising the right to choose whether to defend oneself through the calling and examination of witnesses. These are matters which are governed by both ss. 7 and 11(d) in cases where, as here, the potential loss of life, liberty or security of the person is at issue. Although the appellant invokes the presumption of innocence and the right to a fair trial under s. 11(d) in articulating his claim, we are of the view that in the circumstances of this case it will serve no analytical purpose to attempt to isolate certain aspects of his claim as being best dealt with under s. 11(d) rather than s. 7. In this case, a finding that one provision of the *Charter* has been infringed by the impugned legislative provisions will entail a finding that the other provision has been infringed as well.

### C. Full Answer and Defence

<sup>97</sup> It will be useful to address the appellant's full answer and defence claim at the outset, as it affects his argument that ss. 651(3) and (4) set up an unfair requirement to choose between two constitutionally protected rights.

<sup>98</sup> The right to make full answer and defence is protected under s. 7 of the *Charter*. It is one of the principles of fundamental justice. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336, Sopinka J., writing for the Court, described this right as "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted". The right to make full answer and defence manifests itself in several more specific rights and principles, such as the right to full and timely disclosure, the right to

plique également à l'al. 11d). Nous sommes d'accord avec la proposition selon laquelle les demandes fondées sur la *Charte* devraient invoquer les garanties juridiques précises qui y sont énoncées lorsqu'une violation alléguée relève carrément de l'une de ces dispositions particulières; voir, par exemple, *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 311, le juge en chef Lamer. En l'espèce, l'appelant met l'accent sur une atteinte présumée de son droit à une défense pleine et entière et sur le manque d'équité procédurale d'une règle qui l'oblige à choisir entre l'exercice de ce droit et l'exercice du droit de se défendre en produisant et en interrogeant des témoins. Ce sont des questions qui relèvent tant de l'art. 7 que de l'al. 11d) dans les cas où, comme en l'espèce, la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne sont potentiellement en cause. Bien que l'appelant invoque la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable en application de l'al. 11d) dans sa demande, nous sommes d'avis que dans les circonstances de l'espèce, il n'est pas utile aux fins de l'analyse de tenter d'isoler les aspects de sa demande qui relèvent davantage de l'al. 11d) que de l'art. 7. En l'espèce, la conclusion que l'une des dispositions de la *Charte* a été violée par les dispositions législatives contestées entraînera la conclusion que l'autre disposition a aussi été violée.

### C. Défense pleine et entière

Il est utile de commencer par l'examen du moyen fondé sur le droit de l'appelant à une défense pleine et entière, car il concerne l'argument voulant que les par. 651(3) et (4) établissent l'exigence inéquitable d'un choix à faire entre deux droits protégés par la Constitution.

Le droit à une défense pleine et entière est protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit de l'un des principes de justice fondamentale. Dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 336, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, a décrit ce droit comme étant «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables». Le droit à une défense pleine et entière se manifeste par l'entremise de plusieurs autres droits et principes particuliers, tel

know the case to be met before opening one's defence, the principles governing the re-opening of the Crown's case, as well as various rights of cross-examination, among others. The right is integrally linked to other principles of fundamental justice, such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination.

As suggested by Sopinka J. for the majority of this Court in *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, however, the right to make full answer and defence does not imply an entitlement to those rules and procedures most likely to result in a finding of innocence. Rather, the right entitles the accused to rules and procedures which are fair in the manner in which they enable the accused to defend against and answer the Crown's case. As stated by Sopinka J., at p. 1515:

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

The sentiment expressed by Sopinka J. in *Dersch* accords with the more general principle stated by La Forest J. for the majority of the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 361-62, that while "at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness", nevertheless the entitlement to procedural fairness does not entitle the accused to "the most favourable procedures that could possibly be imagined". Similar statements of this principle are found in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at p. 573, *per* La Forest J.; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 744, *per* La Forest J.; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 225, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, *per* Iacobucci J.; and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices*

le droit d'obtenir en temps opportun une divulgation complète, le droit de l'accusé de connaître la preuve à laquelle il doit répondre avant d'ouvrir sa défense, les principes gouvernant la réouverture de la preuve du ministère public, de même que les divers droits relatifs au contre-interrogatoire, entre autres. Ce droit est intégralement lié à d'autres principes de justice fondamentale, comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination.

Comme l'a donné à entendre le juge Sopinka au nom des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas cependant un droit à l'application des règles et des procédures les plus favorables à un acquittement. Il s'agit plutôt du droit pour l'accusé aux règles et aux procédures qui sont équitables en ce qu'elles lui permettent de répondre aux arguments du ministère public et de se défendre. Comme l'a affirmé le juge Sopinka, à la p. 1515:

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

L'avis exprimé par le juge Sopinka dans *Dersch* s'accorde avec le principe plus général énoncé par le juge La Forest au nom des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 361 et 362, selon lequel même si «les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure», néanmoins le droit à l'équité procédurale ne signifie pas que l'accusé ait le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer». Ce principe a été formulé de façon similaire dans *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la p. 573, le juge La Forest; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 744, le juge La Forest; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 225, le juge L'Heureux-Dubé; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la p. 1077, le juge Iacobucci; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des*



*Commission*), [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540, *per* La Forest J.

*enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce*), [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 540, le juge La Forest.

<sup>100</sup> In order for the appellant to demonstrate that s. 651(3) of the *Code* infringes his right to make full answer and defence, he must show that the inability to address the jury after the Crown has done so unfairly interferes with his ability to defend himself and to answer the Crown's case. The essential question is whether the order of jury addresses set out in the impugned legislative provision creates an unfairness. Unfairness would exist, for example, if addressing the jury last provided an advantage to the Crown which was therefore denied to the defence, or if addressing the jury first interfered with the accused's right not to incriminate himself. Although there may be better ways that Parliament could structure the determination of the order of jury addresses, the question of whether or not the appellant's *Charter* rights have been infringed is concerned only with whether the existing provisions are unfair.

Pour parvenir à démontrer que le par. 651(3) du *Code* porte atteinte à son droit à une défense pleine et entière, l'appelant doit établir que le fait de ne pouvoir s'adresser au jury après le ministère public porte atteinte de manière inéquitable à sa capacité de se défendre et de répondre aux arguments du ministère public. La question essentielle est de savoir si l'ordre de présentation des exposés au jury prévu par les dispositions législatives contestées entraîne un manquement à l'équité. Ce serait le cas si, par exemple, le fait de s'adresser au jury en dernier procurait au ministère public un avantage qui était refusé, par voie de conséquence, à la défense, ou si le fait de s'adresser au jury en premier portait atteinte au droit de l'accusé de ne pas s'auto-incriminer. Même si le législateur fédéral pourrait mieux structurer la façon de déterminer l'ordre des exposés au jury, la question de savoir si oui ou non les droits garantis à l'appelant par la *Charte* ont été violés ne porte que sur la question de savoir si les dispositions actuelles sont inéquitables.

<sup>101</sup> In the court below, Dubin C.J. stated, at p. 613, that in making full answer and defence, "it is the evidence that the defence must meet, not the address of Crown counsel". The appellant rejects this conceptualization of the right as being overly narrow. He suggests that the right to make full answer and defence contemplates the right to make a "complete" answer to all aspects of the Crown's case, and not merely to those aspects or theories of the case which defence counsel may be able to ascertain from the evidence at trial, without the benefit of first hearing the actual theory of the Crown as revealed by its jury address.

En Cour d'appel, le juge en chef Dubin a affirmé, à la p. 613, que pour présenter une défense pleine et entière, [TRADUCTION] «c'est à la preuve que la défense doit répondre, non à l'exposé du substitut du procureur général». L'appelant rejette ce point de vue qu'il juge exagérément étroit. Il affirme que le droit à une défense pleine et entière comprend le droit de donner une réponse «complète» à tous les aspects des arguments avancés par le ministère public, pas seulement aux aspects et thèses que l'avocat de la défense est en mesure de constater à partir des éléments de preuve présentés au procès, sans avoir eu le bénéfice d'entendre d'abord la véritable thèse du ministère public telle qu'elle est énoncée par ce dernier dans son exposé au jury.

<sup>102</sup> In our view, it is useful to distinguish here between two discrete aspects of the right to make full answer and defence. One aspect is the right of the accused to have before him or her the full "case to meet" before answering the Crown's case

Selon nous, il est utile de distinguer ici entre deux aspects distincts du droit à une défense pleine et entière. L'un de ces aspects est le droit de l'accusé de connaître la totalité de la «preuve à réfuter» du ministère public avant de répondre aux

by adducing defence evidence. The right to know the case to meet is long settled, and it is satisfied once the Crown has called all of its evidence, because at that point all of the facts that are relied upon as probative of guilt are available to the accused in order that he or she may make a case in reply: see *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, at p. 473, *per* McIntyre J.; John Sopinka, Sidney Lederman and Alan Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 880. This aspect of the right to make full answer and defence has links with the right to full disclosure and the right to engage in a full cross-examination of Crown witnesses, and is concerned with the right to respond, in a very direct and particularized form, to the Crown's evidence. Inherent in this aspect of the right to make full answer and defence is the requirement that the Crown act prior to the defence's response.

A second and broader aspect of the right to make full answer and defence, which might be understood as encompassing the first aspect, is the right of an accused person to defend himself or herself against all of the state's efforts to achieve a conviction. The Crown is not entitled to engage in activities aimed at convicting an accused unless that accused is permitted to defend against those state acts. However, it is not always the case that defending against the Crown's efforts to convict will necessarily imply answering words already spoken or deeds already engaged in by the Crown. In our view, the jury address is an example of a situation in which an accused is equally capable of defending himself or herself against the Crown regardless of whether the Crown acts first or last. The defence jury address is both a response to the Crown's evidence and a defence against the argument and persuasion to be contained in the Crown jury address. As we discuss below, there is no evidence that an accused who addresses the jury first is less able to defend against the persuasive aspects of the Crown jury address than an accused who goes last. As such, although the jury address does bring into play the right to make full answer and

arguments du ministère public en présentant sa propre preuve. Ce droit de connaître la preuve à réfuter est reconnu depuis longtemps et il est respecté dès lors que le ministère public a produit l'ensemble de ses éléments de preuve, parce qu'à partir de ce moment, l'accusé dispose, aux fins de présenter une contre-preuve, de tous les faits allégués pour établir la culpabilité; voir *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, à la p. 473, le juge McIntyre; John Sopinka, Sidney Lederman et Alan Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 880. Cet aspect du droit à une défense pleine et entière est lié au droit à la divulgation complète et au droit de contre-interroger tous les témoins du ministère public et il intéresse le droit de répondre, de façon très directe et particularisée, à la preuve du ministère public. L'obligation faite au ministère public d'agir avant que la défense ne réponde est inhérente à cet aspect du droit à une défense pleine et entière.

Le second aspect du droit à une défense pleine et entière, plus large que le premier et dont on pourrait dire qu'il l'inclut, est le droit de l'accusé de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas le droit d'agir en vue de faire déclarer l'accusé coupable à moins que ce dernier soit autorisé à se défendre contre les moyens qu'il fait valoir. Cependant, se défendre contre les moyens déployés par le ministère public pour obtenir une déclaration de culpabilité ne veut pas nécessairement dire répondre à des paroles déjà prononcées ou à des actions déjà menées par le ministère public. Selon nous, l'exposé au jury est un exemple de cas où l'accusé est tout aussi capable de se défendre contre le ministère public, que celui-ci ait agi en premier ou en dernier. L'exposé de la défense au jury est à la fois une réponse à la preuve présentée par le ministère public et une défense contre les arguments et les moyens de persuasion que contiendra l'exposé du ministère public au jury. Comme nous l'expliquons ci-dessous, rien ne permet de penser que l'accusé qui s'adresse au jury en premier est moins en mesure de se défendre contre les éléments persuasifs de l'exposé du ministère public au jury qu'un accusé qui prend la parole en dernier. Bien que l'exposé

defence, that right is not infringed by the procedures prescribed in s. 651(3) of the *Code*.

au jury fasse bel et bien intervenir le droit à une défense pleine et entière, ce droit en tant que tel n'est pas violé par la procédure édictée au par. 651(3) du *Code*.

104 The purpose of the jury address was accurately described by Robert White, Q.C., in *The Art of Trial* (1993), at p. 213, as being “to present a party’s case clearly and in a way that is of help to the court in the performance of its duty”. Generally speaking, counsel are “limited to reviewing and commenting on the evidence and to the making of submissions which may properly be supported by the evidence adduced”: see *Gray v. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597 (C.A.), at p. 601. Nonetheless, few would deny the powerful persuasive force which well-crafted and skilfully presented submissions may have in a jury trial. What is more debatable are the persuasive force and other advantages associated with addressing the jury either first or last.

Dans son ouvrage intitulé *The Art of Trial* (1993), Robert White, c.r., décrit avec justesse, à la p. 213, le but de l'exposé au jury, soit [TRADUCTION] «présenter les arguments de chaque partie clairement et d'une manière qui soit utile à la cour dans l'accomplissement de sa tâche». En général, les avocats [TRADUCTION] «doivent se borner à revoir et à commenter la preuve et à présenter des observations qui s'appuient correctement sur la preuve déposée»: voir *Gray c. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597 (C.A.), à la p. 601. Néanmoins, peu de gens nieront la grande force de persuasion que peuvent avoir dans un procès devant jury des observations bien préparées et habilement présentées. Ce qui est plus discutable, c'est la force de persuasion et les autres avantages liés au fait de s'adresser au jury en premier ou en dernier.

105 The appellant submits that the right to address the jury last is a “fundamental advantage which simply speaks for itself”: see *Raysor v. State*, 272 So.2d 867 (Fla. 1973), at p. 869. In particular, he focuses on the idea that being required to address the jury first deprives an accused person of the ability to know the Crown’s theory of the case, and to structure the closing jury address in such a manner as to respond most effectively to the Crown’s submissions. The accused cannot defend against or answer a theory of the case, and an interpretation of the evidence in light of that theory, the appellant suggests, when the accused is required to speak first. Moreover, because it occurs first, the accused’s jury address provides the Crown with the ability to structure its submissions in such a manner as to counter and undercut the accused’s defence.

L'appelant soutient que le droit de s'adresser au jury en dernier est un [TRADUCTION] «avantage fondamental évident»: voir *Raysor c. State*, 272 So.2d 867 (Fla. 1973), à la p. 869. Plus particulièrement, il fait valoir que l'accusé, forcé de s'adresser au jury en premier, est empêché de connaître la thèse du ministère public et de structurer son exposé final au jury de façon à répondre le plus efficacement aux observations du ministère public. Selon l'appelant, l'accusé n'est pas en mesure de répondre à la thèse du ministère public ni à l'interprétation de la preuve à la lumière de cette thèse lorsque l'accusé doit prendre la parole en premier. En outre, parce que l'avocat de la défense s'adresse au jury en premier, le ministère public a la possibilité de structurer ses observations de manière à anéantir la défense de l'accusé.

106 We do not agree that the order of jury addresses significantly affects the knowledge that the accused will have, at the time of the defence address, regarding the Crown’s theory of the case and interpretation of the evidence. The accused who addresses the jury first may not know in pre-

Nous ne sommes pas d'accord pour dire que l'ordre de présentation des exposés au jury a des répercussions importantes sur la connaissance qu'a l'accusé, au moment où il présente son exposé, de la thèse du ministère public et de son interprétation de la preuve. L'accusé qui s'adresse au jury en pre-

cise detail the manner in which the Crown will articulate to the jury the reasons why it should find the accused guilty. However, the Crown will already have articulated its preliminary theory of the case at the opening of the trial, and will have made fairly clear any refinements or re-directions in this theory through the questions asked of witnesses and through the nature of the non-testimonial evidence adduced. There is no evidence which the Crown will be interpreting in its jury address of which the defence will not be aware. The defence will also know, as the result of events during the trial, the likely manner in which the Crown will present the evidence to the jury.

Moreover, the Crown's ability to take the defence by surprise is severely curtailed by the restrictions placed on the scope of the Crown's closing address to the jury. In presenting closing submissions to the jury, Crown counsel must be accurate and dispassionate. Counsel should not advert to any unproven facts and cannot put before the jury as facts to be considered for conviction assertions in relation to which there is no evidence or which come from counsel's personal observations or experiences. As noted by Lamer C.J. writing for the majority in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 580, "[o]nce the defence starts to 'meet the case', thus revealing its own case, the Crown should, except in the narrowest of circumstances be 'locked into' the case which, upon closing, it has said the defence must answer. The Crown must not be allowed in any way to change that case". Although the comments of Lamer C.J. in *P. (M.B.)* were addressed to the issue of the ability of the Crown to re-open its case, they are also applicable to the content of the Crown jury address. Crown counsel is duty bound during its jury address to remain true to the evidence, and must limit his or her means of persuasion to facts found in the evidence presented to the jury: see, e.g., *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738; *R. v. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431 (Ont. C.A.), aff'd [1995] 4 S.C.R. 53; *R. v. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80 (Que. C.A.), aff'd [1992] 1 S.C.R. 1014; and *R. v. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312

mier ne saura peut-être pas de façon précise de quelle manière le ministère public va présenter au jury les raisons pour lesquelles il devrait déclarer l'accusé coupable. Cependant, le ministère public aura déjà exposé de façon préliminaire sa thèse à l'ouverture du procès et l'accusé aura pu se faire une idée assez claire des précisions ou des nouvelles orientations apportées à cette thèse, grâce aux questions posées aux témoins et à la nature de la preuve non testimoniale déposée. Aucun élément de preuve interprété par le ministère public dans son exposé au jury ne sera inconnu de la défense. La défense saura aussi, en raison des événements survenus au cours du procès, de quelle façon le ministère public présentera vraisemblablement sa preuve au jury.

De plus, la possibilité que le ministère public ne prenne la défense au dépourvu est grandement réduite en raison des limites imposées à l'envergure de l'exposé final que le ministère public présente au jury. Dans cet exposé, le substitut du procureur général doit faire preuve de rigueur et d'objectivité. Il ne doit faire allusion à aucun fait qui n'a pas été établi et il ne peut présenter comme des faits à prendre en considération en vue de déclarer l'accusé coupable des affirmations pour lesquelles il n'y a pas de preuve ou qui sont fondées sur son observation et son expérience personnelles comme avocat. Comme le juge en chef Lamer l'a souligné au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 580, «[l]orsque la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle et révèle ainsi sa propre preuve, le ministère public devrait, sauf dans les circonstances les plus particulières, être limité à la preuve à laquelle il a dit, au moment de la terminer, que la défense devait répondre. Il ne devrait nullement être permis au ministère public de modifier cette preuve». Même si les commentaires du juge en chef Lamer dans *P. (M.B.)* portaient sur la question de la réouverture de la preuve par le ministère public, ils s'appliquent aussi à l'exposé du ministère public au jury. Lorsqu'il présente son exposé, le substitut du procureur général a le devoir de s'en tenir à la preuve et de limiter ses moyens de persuasion aux faits qui ont été déposés en preuve devant le jury; voir, par

(Que. C.A.). As is discussed in more detail below, the discretion of the trial judge to deal with those situations in which Crown counsel's address oversteps the bounds of propriety is a sufficient safeguard against any potential unfairness to the accused.

exemple, *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738; *R. c. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431 (C.A. Ont.), conf. par [1995] 4 R.C.S. 53; *R. c. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80 (C.A. Qué.), conf. par [1992] 1 R.C.S. 1014; *R. c. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312 (C.A. Qué.). Comme nous l'expliquons plus en détail ci-dessous, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de régler les cas où l'exposé du ministère public dépasse les bornes est une mesure de protection suffisante contre la possibilité d'un manque d'équité envers l'accusé.

108 For the parties to a jury trial, success in convincing the jury to find in their favour flows from three essential ingredients, namely, a sufficient evidentiary foundation to support the legal result sought to be reached, skilful advocacy in interpreting the evidence for the jury, and appropriate jury instructions by the trial judge. Skilful advocacy involves taking the information acquired as a result of the trial — the evidence, the other party's theory of the case, and various other, intangible factors — and weaving this information together with law, logic, and rhetoric into a persuasive argument. Although not all jury addresses are, in actuality, either logically or rhetorically persuasive, there can be no denying the role of a party's persuasive skill in influencing the result in some jury trials. In this respect, we find little if any evidence to support the proposition that addressing the jury last would provide the accused with a persuasive advantage.

Pour que les parties à un procès devant jury réussissent à convaincre le jury de trancher en leur faveur, trois ingrédients essentiels doivent être réunis, soit une preuve suffisante pour étayer le résultat juridique recherché, une plaidoirie habile pour présenter au jury de leur interprétation de la preuve et des directives appropriées données par le juge du procès au jury. La plaidoirie habile se sert de l'information recueillie au cours du procès — la preuve, la thèse de l'autre partie et divers autres éléments intangibles — à laquelle elle incorpore le droit, la logique et l'éloquence pour bâtir une argumentation convaincante. Bien que les exposés au jury ne soient pas tous convaincants sur le plan de la logique ou de l'éloquence, on ne peut nier l'influence que peut exercer le talent de persuasion d'une partie sur le résultat de certains procès devant jury. À cet égard, nous ne voyons guère d'éléments de preuve pour étayer la proposition voulant que l'accusé a de meilleures chances de convaincre le jury s'il s'adresse à lui en dernier.

109 The enterprise of defending oneself against a criminal charge does not intrinsically imply a temporal order of speaking, with the accused "answering" the Crown's jury address with a jury address in reply. What is being answered in the accused's jury address is the evidence and the Crown's theory of the case, both of which, as just discussed, the accused will know prior to addressing the jury at the close of the defence evidence. The accused's jury address is his or her opportunity to answer the Crown evidence and theory of the case with argument and persuasion. Persuasion is a subtle force, which cannot be easily linked with any strict procedural rule regarding the order in which the par-

Se défendre contre une accusation criminelle n'implique pas intrinsèquement que l'on prenne la parole dans un ordre temporel donné, c'est-à-dire que l'accusé «réponde» à l'exposé du ministère public par un contre-exposé. Ce à quoi l'accusé répond dans l'exposé au jury, c'est à la preuve et à la thèse du ministère public, qu'il connaît, nous l'avons déjà dit, lorsqu'il s'adresse au jury à la clôture de sa preuve. L'exposé au jury constitue l'occasion pour l'accusé de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public en usant d'arguments et de persuasion. La persuasion est une force subtile, qui ne peut facilement être reliée à aucune règle de procédure stricte portant sur l'ordre dans lequel les

ties are entitled to attempt to persuade the jury. Some would argue, as the respondent has suggested, that the party who is given the opportunity to address the jury first has an advantage in being able to create in the jury's minds a vivid image and a story regarding what is alleged to have occurred, which will be difficult for the other party to replace. The result of the accused's addressing the jury first in a criminal trial may be to place the Crown on the defensive by undercutting in advance the argument sought to be made against the accused.

The view that addressing the jury first may be an advantage for some accused persons has been endorsed by more than one provincial court of appeal. In the Court of Appeal below, Dubin C.J. stated, at p. 613, that it is "well known that many learned and experienced defence counsel prefer to address a jury first. . . . Many defence counsel are of the opinion that there is an advantage in addressing the jury first, shortly after the evidence of the defence is tendered, when it is fresh in the jury's mind". Similarly, in its earlier decision in *Tzimopoulos, supra*, at p. 338, the Court of Appeal noted that, "[t]here are undoubtedly many circumstances in which defence counsel would prefer to go first". In *R. v. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88, at p. 95, the Nova Scotia Court of Appeal concluded as follows:

There is also a body of opinion that counsel who first addresses the jury has the advantage. If the jury is persuaded by that counsel's argument it is difficult for the counsel who speaks last to move the jurors from an established view. On the other hand there are those who consider the right to speak to the jury last is of great value. It would not appear to be of great significance who speaks first or last.

See also *R. v. F.G.*, [1994] M.J. No. 732 (C.A.); and *R. v. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139.

The accuracy of these jurisprudential remarks is generally supported by the social science literature, much of which indicates that under conditions similar to those which exist in a courtroom, the

parties peuvent tenter de persuader le jury. Certains prétendent, comme l'intimée l'a fait, que la partie qui a la possibilité de s'adresser au jury en premier bénéficie d'un avantage, en ce sens qu'elle peut créer dans l'esprit des jurés une image et un récit vivants quant à ce qui est censé s'être passé, que l'autre partie aura de la difficulté à remplacer. Le fait que l'accusé s'adresse au jury en premier dans les procès criminels peut placer le ministère public dans une position défensive en sapant à l'avance les arguments qu'il avait l'intention de présenter contre l'accusé.

Plus d'une cour d'appel provinciale a exprimé l'avis qu'il pouvait être avantageux pour certains accusés de s'adresser au jury en premier. Dans la présente affaire, le juge en chef Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé, à la p. 613, qu'il est [TRADUCTION] «bien connu que de nombreux avocats de la défense chevronnés préfèrent s'adresser au jury en premier. . . . Bon nombre sont d'avis qu'il est avantageux de s'adresser au jury en premier, peu après que la preuve a été présentée, alors qu'elle est encore bien présente dans l'esprit des jurés». De façon similaire, la Cour d'appel avait noté dans l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, à la p. 338, que [TRADUCTION] «indéniablement, dans de nombreux cas, l'avocat de la défense préférerait passer en premier». Dans *R. c. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88, à la p. 95, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu:

[TRADUCTION] Il y a aussi un courant d'opinion selon lequel l'avocat qui s'adresse au jury en premier est avantagé. Si le jury est persuadé par l'argumentation de cet avocat, il est difficile pour l'avocat qui parle en dernier de faire abandonner au jury l'opinion qu'il s'est faite. Par contre, il y a ceux qui attachent beaucoup de valeur au droit de s'adresser au jury en dernier. Il ne semble pas être d'une grande importance que l'on parle en premier ou en dernier.

Voir également *R. c. F.G.*, [1994] M.J. n° 732 (C.A.); *R. c. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139.

La justesse de ces remarques tirées de la jurisprudence est généralement corroborée par les ouvrages de sciences sociales, qui en grande part, montrent que, dans des conditions semblables à

110

111

address which is presented first will be more effective and influential than the address given last: see, e.g., Robert G. Lawson, "The Law of Primacy in the Criminal Courtroom" (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121; D. P. Schultz, "Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework" (1963) 13 *Psychol. Rec.* 129; Robert E. Lana, "Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications" (1961) 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573; and Michael J. Saks and Reid Hastie, *Social Psychology in Court* (1978), at p. 103.

celles qui existent dans une salle d'audience, l'exposé qui est présenté en premier sera plus efficace et convaincant que celui qui est présenté en dernier; voir, par exemple, Robert G. Lawson, «The Law of Primacy in the Criminal Courtroom» (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121; D. P. Schultz, «Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework» (1963) 13 *Psychol. Rec.* 129; Robert E. Lana, «Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications» (1961) 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573; Michael J. Saks et Reid Hastie, *Social Psychology in Court* (1978), à la p. 103.

112

The appellant submits that the studies and judicial statements which contend that addressing the jury first is an advantage are "speculative" and without "factual underpinning". We agree that there are inherent frailties in studies which attempt to simulate courtroom conditions. Thus, the social science evidence is not in itself determinative of whether, in fact, it is an advantage to address the jury either first or last. However, the appellant has not referred us to social science evidence which suggests that there is a persuasive advantage to addressing the jury last. In our view, and with respect for those who hold a contrary opinion, the social science evidence and the observations of experienced appellate court judges support a finding that the right to address the jury last is not a fundamental advantage, as the appellant suggests. In these circumstances, we agree with the conclusion of Dubin C.J. in the court below that the divergence of opinion on this issue counsels against a finding that the *Charter* has been violated, because it is not unfair to require an accused person to engage in one of two equally advantageous jury address procedures. The impugned provisions of the *Code* therefore do not infringe upon the appellant's right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

L'appellant soutient que les études et les commentaires tirés de la jurisprudence qui veulent que le fait de s'adresser au jury en premier soit un avantage sont des «spéculations» sans «fondement factuel». Nous convenons des faiblesses inhérentes aux études qui tentent de simuler les conditions d'une salle d'audience. Par conséquent, les résultats des études menées en sciences sociales ne permettent pas à eux seuls de trancher la question de savoir si, en fait, il est avantageux de s'adresser au jury en premier ou en dernier. Cependant, l'appellant ne nous a renvoyés à aucune étude en sciences sociales qui donnerait à penser qu'il est plus facile de convaincre le jury lorsqu'on s'adresse à lui en dernier. À notre avis, et avec égards pour ceux qui ont une opinion contraire, les études des sciences sociales et les observations faites par des juges d'expérience siégeant en appel permettent de conclure que le droit de s'adresser au jury en dernier n'est pas un avantage fondamental, comme l'appellant le prétend. Dans ces circonstances, nous sommes d'accord avec le juge en chef Dubin de la Cour d'appel qui estime que la divergence d'opinions sur cette question incite à ne pas conclure que la *Charte* a été violée, parce qu'il n'est pas inéquitable d'exiger que l'accusé présente son exposé au jury en conformité avec l'une ou l'autre des deux méthodes prévues, l'une et l'autre étant également avantageuses. Les dispositions contestées du *Code* ne portent donc pas atteinte au droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

In the present case, the appellant asserts that it is not primarily the persuasive advantage of addressing the jury last which has resulted in a denial of the right to make full answer and defence, but rather the fact that addressing the jury first has deprived the accused of the ability to respond to specific statements made by the Crown in its address with which the accused disagrees. The appellant refers in particular to the inferences which the Crown asked the jury to draw from the expert evidence that the deceased would have had a blue pallor to her face after death had she hanged herself, and the failure of the accused to advert to having seen such a pallor.

The “blue-face” evidence was elicited by the Crown in cross-examination of the defence expert, Dr. Jaffe. Dr. Jaffe testified that a ligature around the neck would cause a blue pallor above the ligature, and that this blue pallor would be noticeable to “a reasonably skilled observer”. The appellant’s submission with respect to the “blue-face” evidence relates primarily to the facts that (a) it was not clear from the expert’s testimony who would qualify as a reasonably skilled observer, and (b) when the appellant had testified prior to Dr. Jaffe, he was not questioned about the colour of the victim’s face. The appellant contends that, had he been given the opportunity to address the jury after the Crown, his counsel would have been able to relate these concerns about the evidence to the jury.

It was open to counsel for the accused to address this evidence in his closing address to the jury. It was also open to counsel to re-examine Dr. Jaffe in order to determine whether the appellant could be considered “a reasonably skilled observer”, or to ask that the appellant be recalled in order to question him regarding the existence of the blue pallor. Counsel for the accused apparently did not consider the issue of the blue pallor to be significant enough to do any of these things. In our view, standing alone, the fact that the Crown adverted to the blue pallor in his jury address, while the

En l’espèce, l’appelant soutient que ce n’est pas tant le fait d’être privé de l’avantage persuasif que confère la possibilité de s’adresser au jury en dernier qui l’a empêché d’exercer son droit à une défense pleine et entière, mais plutôt le fait qu’en s’adressant au jury en premier, il n’a pas pu répondre à des affirmations précises faites par le ministère public dans son exposé et avec lesquelles il n’est pas d’accord. L’appelant renvoie en particulier aux inférences que le ministère public a demandé au jury de tirer du témoignage d’expert selon lequel la victime aurait eu une pâleur bleue au visage après sa mort si elle s’était pendue, et de l’omission de l’accusé de mentionner qu’il avait noté cette pâleur.

La preuve concernant la «coloration bleue du visage» a été obtenue par le ministère public pendant le contre-interrogatoire de l’expert de la défense, le Dr Jaffe. Ce dernier a témoigné que la constriction du cou sous l’effet d’un lien cause normalement une pâleur bleue au-dessus du lien et qu’un «observateur raisonnablement averti» peut s’en rendre compte. Les observations de l’appelant au sujet de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» portent principalement sur les faits suivants: a) il n’a pas été clairement établi dans le témoignage de l’expert qui peut être qualifié d’observateur raisonnablement averti; b) au cours de son témoignage qui a précédé celui du Dr Jaffe, l’appelant n’a pas été interrogé au sujet de la coloration du visage de la victime. L’appelant affirme que, s’il avait pu s’adresser au jury après le ministère public, son avocat aurait pu lui transmettre ses préoccupations au sujet de la preuve.

Il était loisible à l’avocat de l’accusé d’aborder cet élément de preuve dans son exposé final. Il lui était loisible aussi de réinterroger le Dr Jaffe afin de déterminer si l’appelant pouvait être considéré comme un «observateur raisonnablement averti», ou de demander que l’appelant soit rappelé pour l’interroger au sujet de la pâleur bleue du visage de la victime. L’avocat de l’accusé a apparemment jugé que cette dernière question n’était pas assez importante. À notre avis, le seul fait que le ministère public ait fait allusion à la pâleur bleue du visage dans son exposé au jury, alors que l’accusé

113

114

115



accused did not do so in his, reveals not an unfairness in the jury address procedure but merely a tactical choice by each party as to what to emphasize in its submissions. The appellant's trial counsel was fully aware of the "blue face" evidence that had been adduced, and must have known from the nature of the Crown's cross-examination of Dr. Jaffe on this point that the Crown viewed the existence of the blue pallor as relevant to the question of the appellant's guilt. If, as occurred here, trial counsel for the accused chose not to answer this evidence in his jury address, this was a strategic decision and not an unfairness imposed upon the appellant by the *Code*.

ne l'avait pas fait dans le sien, ne révèle pas le manque d'équité de la procédure suivie pour présenter les exposés au jury, mais simplement un choix tactique effectué par chaque partie quant aux éléments sur lesquels il fallait insister. L'avocat de l'appelant au procès était parfaitement au courant de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» qui avait été présentée et devait savoir, vu la nature du contre-interrogatoire du D<sup>r</sup> Jaffe par le ministère public sur ce point, que ce dernier considérait l'existence d'une pâleur bleue pertinente quant à la détermination de la culpabilité de l'appelant. Si, comme cela s'est produit en l'espèce, l'avocat de l'accusé au procès choisit de ne pas répondre à cette preuve dans son exposé au jury, c'est qu'il a fait un choix stratégique et cela n'a rien à voir avec un manque d'équité du *Code* envers l'appelant.

116 Having said this, it is important to stress the following: the appellant's focus in this case has been not only upon the alleged unfairness which flows from not being able to reply to the Crown's submissions as a general matter, but also and perhaps most importantly upon the unfairness which flows from not being able to reply, in particular, to Crown submissions to the jury which are misleading or unsupported by the evidence. The right of an accused in the latter circumstance to a corrective instruction by the trial judge, or to a limited reply, is discussed in more detail below. In stating that s. 651(3) of the *Code* does not infringe as a general matter upon an accused person's right to make full answer and defence to the Crown's case under s. 7 of the *Charter*, we do not intend to derogate from the principles governing those exceptional cases in which an accused will have a right of reply or a right to a corrective instruction.

Cela dit, il est important de souligner que l'appelant en l'espèce a mis l'accent non seulement sur le manque d'équité qui résulterait de l'impossibilité de répondre aux arguments du ministère public en général, mais aussi, et cela est peut-être encore plus important, sur le manque d'équité qu'entraîne l'impossibilité de répondre en particulier aux arguments trompeurs ou non appuyés sur la preuve qui sont présentés par le ministère public au jury. Le droit de l'accusé dans ce dernier cas à une directive correctrice du juge du procès, ou à une réplique limitée, fait l'objet d'une analyse plus détaillée ci-dessous. En affirmant que le par. 651(3) du *Code* ne porte pas atteinte en général au droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* à un accusé de présenter une défense pleine et entière pour réfuter les arguments du ministère public, nous n'avons pas l'intention de déroger aux principes gouvernant les cas exceptionnels où l'accusé aura un droit de réplique ou le droit d'obtenir que le juge émette une directive correctrice.

117 It is also important to comment upon the appellant's submissions regarding the inconsistency of the *Code* jury address provisions with comparable provisions in other jurisdictions. The appellant notes that legislation similar to ss. 651(3) and (4) has been recognized as procedurally unfair and abolished in several jurisdictions. The Law

Il est important aussi de commenter les observations de l'appelant en ce qui a trait à la disparité entre les dispositions du *Code* se rapportant à l'exposé au jury et les dispositions comparables en vigueur dans d'autres ressorts. L'appelant souligne que des dispositions législatives semblables aux par. 651(3) et (4) ont été jugées inéquitable sur le

Reform Commission of Canada expressed similar sentiments in its 1982 *Report on the Jury*, and recommended that the *Code* be amended to require the Crown to address the jury first, followed by the accused. It commented as follows, at p. 68:

Section 578 [now s. 651] of the *Criminal Code* provides that the right to address the jury last falls to the prosecutor if witnesses are examined by the defence. We are unaware of any compelling reason why this should be so. Indeed, reason would seem to compel the opposite result if it is accepted that the party whose interests are most in jeopardy in a criminal trial should have the last word. Because the sequence of an accusatorial system requires that the prosecution prove its case before the accused is called upon to respond to the accusation against him, we believe that sequence should equally be respected in closing arguments. The Commission therefore recommends that the accused always have the right of last address.

We, like the Court of Appeal for Ontario in *Tzimopoulos*, *supra*, and in this case, believe that adopting the recommendations of the Law Reform Commission or, alternatively, allowing the accused to elect whether to address the jury first or last, could very well be an improvement upon the existing legislation. Granting the accused an option as to whether to address the jury first or last would presumably be welcomed by defence counsel, who may feel that it assists differently in different cases to address the jury last rather than first, or the opposite. However, as was stated earlier, granting the accused an additional advantage in this way does not equate to remedying an unfairness in the legislation. The existing provisions regarding the order of jury addresses are fair; they may just not be the most desirable.

#### D. Procedural Fairness

The appellant submits that, beyond infringing his right to make full answer and defence, the

plan de la procédure et abrogées dans plusieurs pays. La Commission de réforme du droit du Canada a exprimé un avis en ce sens dans son *Rapport sur le jury* de 1982 et recommandé que le *Code* soit modifié pour obliger le ministère public à s'adresser au jury en premier, avant l'accusé. Elle a fait les commentaires suivants, aux pp. 70 et 71:

Selon l'article 578 [maintenant l'art. 651] du *Code criminel*, le poursuivant a le droit de s'adresser en dernier au jury si l'accusé a fait entendre des témoins. Nous ne voyons pas pourquoi il devrait absolument en être ainsi. En fait, nous serions plutôt enclins à opter pour la solution contraire si l'on pose pour principe que c'est à la partie dont les intérêts sont les plus menacés que devrait revenir le droit de parler la dernière. Dans un système de type accusatoire, la poursuite doit faire la preuve de la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait à répondre à l'accusation portée contre lui. Nous croyons que les plaidoiries devraient être présentées dans le même ordre. Par conséquent, la Commission recommande que l'accusé ait, dans tous les cas, le droit de présenter en dernier sa plaidoirie au jury.

Nous croyons, tout comme la Cour d'appel de l'Ontario dans *Tzimopoulos*, précité, et dans la présente affaire, qu'adopter les recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada ou, subsidiairement, que permettre à l'accusé de décider s'il s'adresse au jury en premier ou en dernier pourrait très bien constituer une amélioration de la loi actuelle. Accorder à l'accusé le choix de s'adresser au jury en premier ou en dernier serait vraisemblablement bien accueilli par les avocats de la défense, qui peuvent avoir le sentiment que le fait de s'adresser au jury en premier plutôt qu'en dernier, ou l'inverse, leur serait plus utile dans certains cas. Cependant, comme nous l'avons dit précédemment, accorder de cette façon à l'accusé un avantage additionnel n'équivaut pas à remédier au manque d'équité de la loi. Les dispositions existantes relatives à l'ordre de présentation des exposés au jury sont équitables; il se peut seulement qu'elles ne soient pas idéales.

#### D. Équité procédurale

L'appellant soutient qu'en plus de porter atteinte à son droit de présenter une défense pleine et

118

119

impugned sections of the *Code* infringe upon his right to procedural fairness as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He bases this submission primarily upon the view that ss. 651(3) and (4) of the *Code* unfairly require the accused to choose between two constitutionally protected rights, namely, the right to call and examine witnesses in one's own defence, and the right to make full answer and defence to the case for the Crown. The appellant suggests that the impugned provisions impose a penalty for exercising what should be an unqualified right to call and examine witnesses in one's defence. The provisions, he contends, legislate an unjustifiable "no win" procedural trap for an accused, since any choice he or she makes will result in the loss of one right or the other.

entière, les paragraphes contestés du *Code* portent atteinte à son droit à l'équité procédurale garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Il se fonde principalement sur l'idée que les par. 651(3) et (4) du *Code* exigent injustement que l'accusé choisisse entre deux droits protégés par la Constitution, c'est-à-dire, le droit de produire et d'interroger des témoins pour sa propre défense et le droit de présenter une défense pleine et entière pour réfuter les arguments du ministère public. L'appelant affirme que les dispositions contestées pénalisent l'exercice de ce qui devrait être un droit absolu, celui de produire et d'interroger des témoins pour sa propre défense. Selon lui, ces dispositions législatives tendent de manière injustifiable un piège procédural à l'accusé, qui ne peut que «tomber dans le panneau» puisque son choix entraînera la perte de l'un ou de l'autre droit.

<sup>120</sup> It has just been explained that the accused's inability to address the jury last does not constitute a violation of the right to make full answer and defence. As such, the accused who is faced with the choice of whether or not to call and examine witnesses in defence is not confronted with the unfair requirement to choose between two constitutionally protected rights. At most, if the accused's counsel in a particular case subjectively views addressing the jury last as an advantage, the accused is faced with having to weigh one perceived tactical advantage among the various other factors which go towards determining whether or not to call and examine defence witnesses. Objectively speaking, though, there is little evidence to suggest that there is a tactical advantage to addressing the jury last, and at least some evidence in favour of the view that it is advantageous to address the jury first. In these circumstances, we do not find any procedural unfairness in the manner in which the *Code* orders jury addresses by counsel.

Nous venons d'expliquer que le fait que l'accusé ne puisse s'adresser au jury en dernier ne constitue pas une violation du droit de présenter une défense pleine et entière. En tant que tel, l'accusé qui doit décider s'il produit et interroge des témoins pour sa défense n'est pas confronté à l'exigence inéquitable de devoir choisir entre deux droits protégés par la Constitution. Tout au plus, si l'avocat de l'accusé dans une affaire donnée estime subjectivement que le fait de s'adresser au jury en dernier constitue un avantage, l'accusé est obligé de soupeser ce qu'il estime être un avantage tactique par rapport à divers autres facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer s'il y a lieu de produire et d'interroger des témoins pour sa défense. Objectivement parlant, cependant, il n'y a guère d'éléments de preuve permettant d'affirmer que le fait de s'adresser au jury en dernier constitue un avantage tactique, et il y a, à tout le moins, certains éléments de preuve pour appuyer l'opinion qu'il est avantageux de s'adresser au jury en premier. Dans ces circonstances, nous ne pouvons conclure au manque d'équité procédurale de l'ordre de présentation des exposés au jury qui est prévu par le *Code*.

#### E. *Presumption of Innocence*

#### E. *Présomption d'innocence*

<sup>121</sup> A final argument which requires comment is the submission that ss. 651(3) and (4) of the *Code*

Le dernier point à aborder est l'argument voulant que les par. 651(3) et (4) du *Code* portent

infringe upon the appellant's right to be presumed innocent under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Here we are concerned, not with the violation of the presumption of innocence which is inherent in an infringement of the right to make full answer and defence, but with the possibility that the order in which counsel address the jury may influence the jury's perception of who bears the burden of proof in a criminal trial. The jury may assume that, because the accused addresses them first, he or she is presumed to be guilty unless able to persuade the jury otherwise.

We do not agree that a properly instructed jury would presume guilt on the part of the accused from the fact that he or she addresses the jury first following the presentation of the evidence. It is a fundamental principle of our criminal justice system that a jury must be instructed in clear terms by the trial judge that it is the prosecution which bears the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt. A failure to instruct the jury regarding this essential point will justify a new trial: see *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320. Moreover, the entire trial itself proceeds on the same basis. The Crown presents its evidence in support of a finding of guilt. That evidence is usually rigorously challenged by the defence, and is followed in many cases by defence evidence seeking to show that the Crown has not satisfied its burden of proof. Defence counsel's address unfailingly confirms the prosecution's burden of proof, by emphasizing the nature of the burden and explaining why it has not been met. Indeed, if he or she considers it desirable to do so, defence counsel is permitted to inform the jury of the existence of *Code* provisions requiring the defence to address the jury first. The argument that the order of the jury addresses may cause the jury to ignore the clear instructions of the trial judge is, therefore, not a plausible one. In these circumstances, we find that ss. 651(3) and

atteinte au droit de l'appellant d'être présumé innocent qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Ce dont il est question ici, ce n'est pas de la violation de la présomption d'innocence qui est inhérente à toute atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière, mais de la possibilité que l'ordre dans lequel les avocats s'adressent au jury influe sur l'identification par les jurés de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve dans un procès criminel. Le jury peut supposer que, parce que l'accusé s'adresse à lui en premier, il est présumé coupable à moins qu'il n'arrive à convaincre le jury du contraire.

Nous ne sommes pas d'accord pour dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées présumerait que l'accusé est coupable parce qu'il s'adresse à lui en premier, après la présentation de la preuve. C'est un principe fondamental de notre système de justice pénale que le juge du procès doit expliquer au jury, au moyen de directives claires, que c'est la poursuite qui a le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le défaut de donner des directives au jury sur ce point essentiel justifiera la tenue d'un nouveau procès; voir *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320. Au surplus, le déroulement de tout le procès repose sur ce principe. Le ministère public présente sa preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité qu'il demande. Cette preuve est généralement contestée rigoureusement par la défense et est suivie dans bien des cas par la preuve de la défense, qui cherche à établir que le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. Dans son exposé, l'avocat de la défense confirme inmanquablement que c'est le ministère public qui a le fardeau de la preuve, en soulignant la nature de ce fardeau et en expliquant pourquoi le ministère public ne s'en est pas acquitté. En fait, s'il l'estime souhaitable, l'avocat de la défense peut informer le jury de l'existence de dispositions du *Code* qui exigent que la défense s'adresse au jury en premier. L'argument selon lequel l'ordre de présentation des exposés puisse amener le jury à ne pas tenir compte des directives claires du juge du procès n'est donc pas plausible. Dans ces circonstances, nous concluons que les

(4) do not infringe upon the appellant's right to the presumption of innocence.

F. *Subsection 651(4)*

123

The analysis to this point has dealt with s. 651(3) of the *Code*. However, it applies equally to s. 651(4). Subsection 651(4) of the *Code* sets out the order of address for multiple accused, and states that where any of the accused calls and examines witnesses, all of the accused are required to address the jury before the Crown does so. Although the present case does not provide a factual basis for the determination of whether s. 651(4) violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the principles outlined above mandate a finding that s. 651(4) is similarly constitutional. Because the order of address does not violate the right to make full answer and defence or otherwise effect procedural unfairness upon the accused, the fact that s. 651(4) deals with multiple accused does not change the *Charter* inquiry. It is true that in the case of multiple accused, one or more accused may be forced to address the jury before the Crown does so even when he or she did not call and examine witnesses. However, since the order of address does not infringe the *Charter* rights of an accused, the fact that the accused did not have the choice to address the jury before the Crown is of no consequence.

G. *The Ability of the Trial Judge to Rectify Errors in Jury Addresses of Counsel*

124

What action can be taken by a trial judge when the Crown or defence counsel's closing address to the jury contains gross inaccuracies, seriously misstates the evidence or misuses the evidence in connection with the inferences to be drawn? As Dubin C.J. observed in the court below, there are two approaches available to a trial judge to remedy unfairness resulting from an improper closing address.

par. 651(3) et (4) ne portent pas atteinte au droit de l'appelant d'être présumé innocent.

F. *Le paragraphe 651(4)*

Jusqu'ici, notre analyse a porté sur le par. 651(3) du *Code*. Elle s'applique également toutefois au par. 651(4). Le paragraphe 651(4) du *Code* établit l'ordre de présentation des exposés lorsqu'il y a plus d'un accusé et prévoit que, si l'un de ces accusés produit et interroge des témoins, tous les accusés doivent s'adresser au jury avant le ministère public. Bien que les faits de l'espèce ne nous permettent pas de nous prononcer sur la question de savoir si le par. 651(4) viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, les principes énoncés précédemment nous commandent de conclure que le par. 651(4) est constitutionnel pour des raisons similaires. Étant donné que l'ordre de présentation des exposés au jury ne viole pas le droit à une défense pleine et entière et n'entraîne pas par ailleurs un manque d'équité procédurale envers l'accusé, le fait que le par. 651(4) concerne plus d'un accusé ne change rien à l'analyse fondée sur la *Charte*. Il est vrai que dans le cas où il y a plus d'un accusé, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être forcés de s'adresser au jury avant le ministère public, même s'ils n'ont pas eux-mêmes produit et interrogé de témoins. Toutefois, étant donné que l'ordre de présentation des exposés ne porte pas atteinte aux droits d'un accusé garantis par la *Charte*, le fait que l'accusé ait été forcé de s'adresser au jury avant le ministère public est sans conséquence.

G. *La capacité du juge du procès de corriger les erreurs commises par les avocats dans les exposés au jury*

Que peut faire le juge du procès lorsque l'exposé final du ministère public ou de la défense renferme des inexactitudes importantes, comporte de graves erreurs dans la récapitulation de la preuve ou se fonde abusivement sur la preuve pour tirer des conclusions? Comme le juge en chef Dubin l'a noté en Cour d'appel, le juge du procès dispose de deux moyens pour remédier au manque d'équité résultant d'un exposé final incorrect.

First, if a trial judge is of the opinion that an irregularity in counsel's address has jeopardized the fairness of the trial, then, in most situations, it may be rectified by a specific correcting reference to it in the charge to the jury. This should suffice in most cases. Second, if the trial judge is of the opinion that curative instructions alone will not suffice to remedy the damage, then in those relatively rare situations, the prejudiced party may be granted a limited opportunity to reply. Let us first consider a correction made by the trial judge as part of the charge to the jury.

#### (1) Curative Jury Instructions

It cannot be forgotten that the trial judge is the last person to speak to the jury. The trial judge is also in the best position to assess the significance of the remarks of counsel, to determine if they need to be corrected, and, if necessary, to correct inaccuracies and remedy any unfairness that may arise from the addresses of counsel. Indeed, from the point of view of counsel, it is a humbling experience to have the trial judge point out errors in their addresses. It is this ability of the trial judge to correct addresses of counsel that provides an element of control which helps to curb inaccuracies, exaggeration and unfair comments by counsel. Moreover, it ensures that the trial process is fair which, after all, is one of the fundamentally important functions of the presiding judge. The judge should not hesitate to correct errors of counsel in order to preserve the fairness of the trial process. Taking this step will ensure fairness in the vast majority of cases. On this issue we are in complete agreement with these comments of Dubin C.J., at p. 613:

It is the duty of the trial judge to present the case for the defence as fully and fairly as the case for the Crown. If there is unfairness in the Crown's address, a complaint can be brought to the attention of the trial judge who should correct any mistake by Crown counsel in overstepping the bounds of propriety, resulting in an unfair trial.

The Ontario Court of Appeal correctly observed in *Munroe, supra*, that the trial judge is best able to

Premièrement, si le juge du procès est d'avis qu'une irrégularité de l'exposé des avocats a compromis le caractère équitable du procès, dans la plupart des cas, il peut y remédier en apportant une correction dans ses directives au jury. Cela devrait suffire dans la plupart des cas. Deuxièmement, dans les cas relativement rares où le juge du procès estime que des directives correctrices seules ne suffiront pas à réparer le préjudice, il peut accorder à la partie lésée un droit de réplique limité. Examinons d'abord la correction apportée par le juge du procès dans ses directives au jury.

#### (1) Directives correctrices au jury

Il ne faut pas oublier que le juge du procès est la dernière personne à s'adresser au jury. Il est aussi la personne la mieux placée pour évaluer la portée des remarques faites par les avocats, pour déterminer si elles nécessitent des corrections et, le cas échéant, pour corriger les inexactitudes et remédier à tout manque d'équité pouvant résulter des exposés. Certes, du point de vue des avocats, il est humiliant d'entendre le juge du procès relever les erreurs commises dans les exposés, mais cette capacité du juge du procès de corriger les exposés est une mesure de contrôle qui permet de mettre un frein aux inexactitudes, aux exagérations et aux commentaires déloyaux des avocats. Qui plus est, elle garantit le caractère équitable du procès, ce qui, après tout, est l'une des fonctions fondamentales du juge président le procès. Celui-ci ne doit pas hésiter à corriger les erreurs des avocats afin de préserver le caractère équitable du procès. Cette mesure assurera l'équité dans la vaste majorité des cas. Sur ce point, nous sommes en parfait accord avec les commentaires du juge en chef Dubin, à la p. 613:

[TRADUCTION] Le juge du procès a l'obligation de présenter les arguments de la défense d'une manière aussi complète et juste que ceux du ministère public. Si l'exposé du ministère public est injuste, la défense peut porter plainte au juge du procès, qui doit corriger les erreurs que le substitut du procureur général a commises en dépassant les bornes et qui sont susceptibles de conduire à un procès inéquitable.

La Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de faire remarquer dans *Munroe*, précité, que le juge du

125

126

127

assess the impact that improper remarks will have on a jury and to determine whether remedial steps are necessary. However, where the trial judge fails to redress properly the harm caused by a clearly inflammatory, unfair or significantly inaccurate jury address, a new trial could well be ordered. It is not only appropriate for a trial judge, in the charge to the jury, to undertake to remedy any improper address by counsel, but it is the duty of the trial judge to do so when it is required. This has been emphasized in a number of decisions of this Court: see, e.g., *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, at p. 455; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *Finta, supra*; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458.

procès est celui qui est le plus en mesure d'évaluer l'incidence que des remarques déplacées auront sur le jury et de déterminer si des mesures correctrices s'imposent. Toutefois, lorsque le juge du procès omet de remédier comme il le doit au préjudice causé par un exposé manifestement incendiaire, injuste ou comportant des inexactitudes graves, il se pourrait qu'un nouveau procès doive être ordonné. Il est non seulement opportun que le juge du procès, dans ses directives au jury, s'attache à corriger les irrégularités des exposés des avocats, mais il est de son devoir de le faire lorsque cela est nécessaire. Notre Cour a insisté sur ce point dans de nombreux arrêts; voir, par exemple, *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, à la p. 455; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *Finta*, précité; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458.

128 In the course of correcting the addresses of counsel, the trial judge should deal in a fair and balanced fashion with both sides of the case. The curative instructions should not indicate that the judge is favouring the arguments of one party over another, nor should they appear to engage in contentious argument with the address of counsel for one of the parties: see *R. v. Pouliot*, [1993] 1 S.C.R. 456, rev'g (1992), 47 Q.A.C. 1.

Lorsqu'il apporte des corrections aux exposés des avocats, le juge du procès doit traiter les deux parties de manière équitable et juste. Les directives correctrices ne devraient pas laisser entendre que les arguments de l'une des parties emportent son adhésion ni donner l'impression qu'il conteste la position de l'une des parties; voir *R. c. Pouliot*, [1993] 1 R.C.S. 456, infirmant (1992), 47 Q.A.C. 1.

129 In the case at bar, it would have been preferable if the trial judge had directed the jury to consider the qualifying testimony of the defence pathologist that the discolouration would only have been apparent to a trained observer. This comment would have alleviated any unfairness or perception of unfairness in the eyes of the accused arising from the Crown's address. However we agree with the Court of Appeal's conclusion that in light of the evidence presented in this case and taking into account the entire charge to the jury no miscarriage of justice resulted from his failure to do so.

En l'espèce, il aurait été préférable que le juge du procès demande au jury de prendre en considération la précision apportée dans le témoignage du pathologiste cité par la défense selon laquelle seul un observateur averti aurait remarqué la coloration du visage. Ce commentaire aurait redressé tout manque d'équité, réel ou perçu par l'accusé, pouvant résulter de l'exposé du ministère public. Cependant, nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel qu'à la lumière de la preuve présentée en l'espèce et compte tenu l'ensemble des directives au jury, aucune erreur judiciaire n'a été commise en raison de cette omission.

(2) The Inherent Jurisdiction of Superior Court Judges Provides a Basis For Granting a Limited Opportunity to Reply

(2) La compétence inhérente des juges des cours supérieures leur permet d'accorder un droit de réplique limité

130 The obligation of a trial judge to ensure that an accused's right to a fair trial is preserved has been enshrined in s. 11(d) of the *Charter*. However, the

L'obligation du juge du procès de veiller au respect du droit de l'accusé à un procès équitable a été constitutionnalisée à l'al. 11d) de la *Charte*.

inherent jurisdiction of superior court judges to remedy procedural unfairness during the trial has always existed at common law. In *R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, the Ontario Court of Appeal correctly observed that courts have from the earliest times invoked an inherent jurisdiction to prevent the abuse of trial process resulting from oppressive or vexatious proceedings. In *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, at p. 520, Lord Guest referred to the overriding duty of the trial judge to ensure that a trial is fair. He wrote that this duty: “springs from the inherent power of the judge to control the trial before him and to see that justice is done in fairness to the accused”.

The appellant argued that the explicit language of s. 651 makes it impossible for a trial judge to allow a right of reply. However, this contention appears to confuse the exercise of discretion with the exercise of inherent jurisdiction. As I. H. Jacob noted in “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 25:

The inherent jurisdiction of the court is a concept which must be distinguished from the exercise of judicial discretion. These two concepts resemble each other, particularly in their operation, and they often appear to overlap, and are therefore sometimes confused the one with the other. There is nevertheless a vital juridical distinction between jurisdiction and discretion, which must always be observed.

Discretion is usually conferred on a judge by the words of a statutory provision. For instance, the use of the words “may” or “can” provides a judge with the ability to make a choice between two or more alternatives. By contrast, a trial judge always possesses an inherent jurisdiction to ensure that the trial is conducted fairly. Inherent jurisdiction cannot be circumvented by narrow or confining statutory language. Jacob aptly described this fundamentally important residual power in this way, at pp. 27-28:

Cependant, la compétence inhérente des juges des cours supérieures de remédier à un manque d'équité procédurale au cours du procès a toujours existé en common law. Dans l'arrêt *R. c. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de faire remarquer que les cours de justice ont de tout temps invoqué une compétence inhérente pour faire obstacle au recours abusif au tribunal au moyen de procédures abusives ou vexatoires. Dans *Selvey c. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, à la p. 520, lord Guest a parlé de l'obligation impérieuse du juge du procès de faire en sorte que le procès soit équitable. Il a écrit que cette obligation [TRADUCTION] «a pour origine la compétence inhérente du juge de présider au procès et de voir à ce que la justice soit rendue en toute équité pour l'accusé».

L'appellant a fait valoir que le libellé explicite de l'art. 651 interdisait au juge du procès d'accorder un droit de réplique. Cependant, cette affirmation paraît être le résultat d'une confusion entre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et l'exercice d'une compétence inhérente. Comme l'a noté I. H. Jacob dans «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, à la p. 25:

[TRADUCTION] La compétence inhérente de la cour est un concept qui doit être distingué de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge. Ces deux concepts se ressemblent, particulièrement dans leur application, paraissent souvent se chevaucher et sont donc parfois confondus l'un avec l'autre. Il existe néanmoins une distinction d'une importance vitale sur le plan juridique entre compétence et pouvoir discrétionnaire, et cette distinction doit toujours être respectée.

Un pouvoir discrétionnaire est généralement conféré à un juge par les dispositions d'une loi. Par exemple, l'utilisation du mot «peut» habilite le juge à choisir entre deux ou plusieurs options. Cependant, le juge du procès jouit toujours d'une compétence inhérente lui permettant de garantir que le procès se déroulera équitablement. La compétence inhérente ne peut être battue en brèche au moyen d'un texte législatif étroit ou restrictif. Jacob a pertinemment décrit ce pouvoir résiduel fondamentalement important de la façon suivante, aux pp. 27 et 28:



For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence, its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law. The juridical basis of this jurisdiction is therefore the authority of the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner.

<sup>132</sup> Similarly in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, at p. 449, Estey J. quoted with approval the words of Jessup J.A. in *Osborn*, *supra*, at p. 155: “. . . the Courts of this Province have from the earliest times invoked an inherent jurisdiction to prevent the abuse of their process through oppressive or vexatious proceedings”.

Estey J. continued, at p. 453:

It follows therefore that the observations of Jessup J.A. in *Osborn* with reference to the origins and breadth of the trial court discretion to protect the processes of the courts from abuse remain substantially unimpaired by succeeding decisions in this Court.

See also *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 (C.A.), at pp. 541 and 547.

<sup>133</sup> It can be seen that the inherent jurisdiction of superior courts is a significant and effective basis for preventing abuse of the court's process and ensuring fairness in the trial process. This enduring and important jurisdiction of the court, if it is to be removed can only be accomplished by clear and precise statutory language. There is not that clear and precise language in s. 651 which removes or impairs the inherent jurisdiction of the court to achieve trial fairness by prohibiting the court from granting a right of reply to defence counsel when that is required.

<sup>134</sup> It is the existence of this significant residual jurisdiction which enables a trial judge to permit

[TRADUCTION] En raison de son caractère essentiel, une cour supérieure de justice doit nécessairement être investie du pouvoir de maintenir son autorité et d'empêcher qu'on fasse obstacle à sa procédure ou qu'on en abuse. Il s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une cour supérieure; c'est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d'une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice. Le fondement juridique de cette compétence est donc le pouvoir des juges de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace.

De façon similaire, dans *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, à la p. 449, le juge Estey a fait siennes les remarques du juge Jessup de la Cour d'appel dans *Osborn*, précité, à la p. 155: [TRADUCTION] «[. . .] les cours de cette province ont de tout temps invoqué une compétence inhérente pour empêcher l'abus de procédures devant elles au moyen de procédures opprimantes ou vexatoires».

Aux pages 453 et 454, le juge Estey ajoute:

Il s'ensuit par conséquent que les remarques que fait le juge Jessup en Cour d'appel dans l'arrêt *Osborn*, sur les origines et l'ampleur du pouvoir discrétionnaire qu'a le tribunal de première instance pour protéger les procédures des tribunaux contre l'abus, ne sont pas infirmées par les décisions de cette Cour qui l'ont suivi.

Voir également *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 (C.A.), aux pp. 541 et 547.

On peut constater que la compétence inhérente des cours supérieures est un moyen important et efficace pour empêcher l'abus des procédures et garantir l'équité du procès. Cette compétence historique et non négligeable de la cour ne peut être abolie que par un texte législatif clair et précis. L'article 651 ne constituant pas ce texte clair et précis, il n'abolit pas la compétence inhérente de la cour de sauvegarder le caractère équitable du procès et n'y porte point atteinte en interdisant à la cour d'accorder un droit de réplique à l'avocat de la défense au besoin.

C'est l'existence de cette compétence résiduelle importante qui habilite le juge du procès à autori-

defence counsel to reply to an improper Crown address.

Thus, if a trial judge concludes that the unfairness caused by an improper jury address cannot be remedied in the instructions to the jury, the inherent jurisdiction can be exercised to allow the prejudiced party an opportunity to reply. The position was clearly and correctly outlined in the reasons of Dubin C.J. in these words, at p. 614:

There may be cases where, by reason of the Crown addressing the jury last, the only way a fair trial can be assured is by giving defence counsel a brief right of reply. That would be so when Crown counsel's jury address gives rise to an issue that is so serious that comment by the trial judge in his charge to the jury will not suffice to ensure a fair trial.

It must be emphasized that the reply must be confined to those issues improperly dealt with by Crown counsel. It cannot be used simply to restate the original position of the defence or to advance new arguments or theories.

It follows that, where the Crown is entitled to address the jury last pursuant to s. 651, the trial judge may grant defence counsel an opportunity to reply in those limited circumstances where the accused's ability to make a full answer and defence and his or her right to a fair trial have been prejudiced. The intervener the Attorney General for Alberta properly observed that just such prejudice may arise where the substantive legal theory of liability which the Crown has added or substituted in its closing has so dramatically changed that the accused could not reasonably have been expected to answer such an argument. It may also be appropriate to grant a reply where the accused is actually misled by the Crown as to the theory intended to be advanced. It is only in the clearest cases of unfairness that the trial judge should grant an opportunity to reply as an exercise of inherent jurisdiction.

ser l'avocat de la défense à répondre à un exposé incorrect du ministère public.

Par conséquent, si le juge du procès conclut que le manque d'équité attribuable à l'exposé au jury incorrect ne peut pas être corrigé au moyen de directives au jury, il peut, dans le cadre de sa compétence inhérente, permettre à la partie lésée de répondre. Le juge en chef Dubin a clairement et correctement expliqué cette possibilité dans ses motifs:

[TRADUCTION] Il peut y avoir des cas où, en raison du fait que le ministère public s'adresse au jury en dernier, la seule façon de garantir que le procès sera équitable est d'accorder à l'avocat de la défense le droit de répondre brièvement. Ce serait le cas si l'exposé du ministère public soulevait une question si grave que les commentaires du juge du procès dans ses directives au jury ne suffiraient pas pour garantir le caractère équitable du procès.

Il est important de souligner que la réplique doit porter uniquement sur les questions dont le ministère public a traité de façon incorrecte. La défense ne peut s'en servir pour réaffirmer simplement sa position initiale ni pour faire valoir de nouveaux arguments ou de nouvelles thèses.

Il s'ensuit que, lorsque le ministère public a le droit de s'adresser au jury en dernier conformément à l'art. 651, le juge du procès peut accorder à la défense un droit de réplique dans les cas limités où il y a atteinte à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et à son droit à un procès équitable. L'intervenant, le procureur général de l'Alberta, fait observer à juste titre qu'un tel préjudice peut survenir lorsque le ministère public a tellement modifié la thèse relative à la responsabilité qu'il avançait initialement, en ajoutant des éléments ou en remplaçant, que l'on ne peut plus raisonnablement continuer de supposer que l'accusé peut répondre à une telle argumentation. Il peut aussi être approprié d'accorder un droit de réplique lorsque l'accusé est induit en erreur par le ministère public quant à la thèse qu'il entend avancer. Ce n'est que dans les cas de manquement manifeste à l'équité que le juge du procès devrait accorder un droit de réplique en vertu de sa compétence inhérente.

135

136

137 Nonetheless, in light of the evidence presented in this case and the addresses of counsel, and taking into account the entire charge to the jury, we agree with the Court of Appeal that it was not incumbent upon the trial judge to grant Mr. Rose's counsel an opportunity to reply. Nor did any substantial miscarriage of justice result from his failure to refer specifically to and to correct the improper statements of Crown counsel in his charge to the jury.

#### VI. Disposition

138 In the result, the appeal must be dismissed and the Order of Court of Appeal confirmed.

139 We would thus answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a trial in accordance with the principles of fundamental justice and/or the right of an accused person to make full answer and defence, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 2: If the answer to Question #1 is yes, is the said infringement or denial of the s. 7 right, a reasonable limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In light of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

Question 3: Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a fair trial at which he or she is presumed innocent, as guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 4: If the answer to Question #3 is yes, is the said infringement or denial of the s. 11(d)

Néanmoins, vu la preuve déposée en l'espèce, les exposés des avocats et l'ensemble des directives du juge au jury, nous sommes d'avis, comme la Cour d'appel, que le juge du procès n'avait pas à accorder à l'avocat de M. Rose un droit de réplique. Son omission de relever spécifiquement et de corriger dans ses directives au jury les déclarations irrégulières faites par le ministère public dans son exposé ne constitue pas non plus une erreur judiciaire grave.

#### VI. Dispositif

En définitive, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel.

Nous sommes donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1: Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé à un procès en conformité avec les principes de justice fondamentale ou à son droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2: En cas de réponse affirmative à la première question, l'atteinte portée au droit garanti par l'art. 7 constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse donnée à la question 1, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Question 3: Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'aura pas été déclaré coupable à l'issue d'un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 4: En cas de réponse affirmative à la troisième question, l'atteinte portée au droit

right, a reasonable limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In light of the answer to Question 3, it is not necessary to answer this question.

*Appeal dismissed, LAMER C.J. and MCLACHLIN, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting. The first and third constitutional questions should be answered in the negative; it was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.*

*Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

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

garanti par l'al. 11d) constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse donnée à la question 3, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges MCLACHLIN, MAJOR et BINNIE sont dissidents. Les première et troisième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.*

*Procureur de l'appelant: Keith E. Wright, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

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