

Joseph Marcoux and Albert Solomon
Appellants;

and

Her Majesty the Queen *Respondent.*

1974: October 30; 1975: March 7.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility—Self-incrimination—Identification—Admissibility of evidence of refusal of identification line-up.

At the trial of the accused before judge and jury on the charge of breaking and entering and theft the identification of Marcoux was the critical issue. After the arrest of the accused, Marcoux had been asked whether he would participate in a line-up. He had refused. Later that morning the alleged victim was shown two men walking down a hallway and identified one of them, Marcoux, as the person he had seen earlier in his hotel bedroom. The trial judge admitted evidence that Marcoux had refused to participate in a line-up and the appellants were convicted. The case went to appeal on the grounds that the evidence that Marcoux refused to participate in the line-up was inadmissible and that the trial judge should have instructed the jury that they could draw no adverse inference from such refusal. The Court of Appeal was of the opinion that the appeal should fail.

Held: The appeal should be dismissed.

The exhibition of the person of an accused at a police line-up for observation by an alleged victim is not itself a violation of the privilege against self incrimination. It should not be overlooked that the use of force to compel participation in a line-up may raise a question as to the powers of the police in relation to detained persons. Reasonable compulsion to this end is an incident to the police power to arrest and investigate. The evidence of Marcoux's refusal to take part in a line-up was admissible in the present case, not for the purpose of proving guilt, but to explain the failure to hold an identification parade and the necessity, as a result, to have the witness confront Marcoux. The trial judge did not err in mentioning to the jury the accused's refusal to participate in

Joseph Marcoux et Albert Solomon
Appellants;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée.*

1974: le 30 octobre; 1975: le 7 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel—Preuve—Recevabilité—Auto-incrimination—Identification—Recevabilité de la preuve du refus de participer à une parade d'identification.

Au procès des accusés devant juge et jury pour introduction par effraction et vol, l'identification de Marcoux a été la question décisive. Après l'arrestation des accusés, on a demandé à Marcoux de participer à une parade d'identification. Il a refusé. Plus tard au cours de l'avant-midi, la prétendue victime à qui l'on montrait deux hommes marchant dans un corridor, identifia l'un d'eux, soit Marcoux, comme la personne qu'il avait vue plus tôt dans sa chambre à l'hôtel. Le juge de première instance a jugé recevable la preuve du refus de Marcoux de participer à une parade d'identification et les appellants ont été déclarés coupables. Un appel a été interjeté pour les motifs que la preuve que Marcoux avait refusé de participer à la parade d'identification était irrecevable et que le juge de première instance aurait dû mentionner dans ses directives au jury qu'il ne pouvait tirer de ce refus de conclusion défavorable à l'accusé. La Cour d'appel a décidé de ne pas accueillir l'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Faire participer un prévenu à une parade d'identification aux fins d'observation par une présumée victime ne constitue pas en soi une violation de privilège contre l'auto-incrimination. Il ne faut pas oublier que l'emploi de la force pour contraindre à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues. A cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations. La preuve du refus par Marcoux de participer à une parade d'identification était recevable en l'espèce, non en vue de prouver la culpabilité, mais pour expliquer le défaut de procéder à une parade d'identification et la nécessité, comme

a line-up.

Evidence of the offer and refusal of a line-up will not, however, be relevant and admissible in every case in which the identification of an accused is in issue. Admissibility depends on the circumstances of the case. If at trial, the Crown has to explain the omission of a line-up or accept the possibility of the jury drawing an adverse inference then it would seem that evidence of refusal is both relevant and admissible. In other circumstances such evidence should not normally be tendered as it might impinge upon the presumption of innocence and leave the jury with the impression that there is a duty on the accused to prove his innocence.

R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd., [1971] 2 O.R. 3; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *A.-G. (Qué.) v. Begin*, [1955] S.C.R. 593; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *Holt v. United States* (1910), 218 U.S. 245; *Schmerber v. California* (1966), 384 U.S. 757; *United States v. Wade* (1967), 388 U.S. 218; *R. v. Burns*, [1965] 2 O.R. 563; *R. v. Shaw* (1964), 48 W.W.R. 190; *Rochin v. California* (1952), 342 U.S. 165; *Dallison v. Caffery*, [1965] 1 Q.B. 348; *R. v. Brager* (1965), 52 W.W.R. 509; *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600; *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541; *R. v. John*, (abridged) [1973] Crim. L.R. 113 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal by the accused from their convictions by Graburn Co. Ct. J. sitting with a jury on a charge of breaking and entering and theft. Appeal dismissed.

R. Carter, for the appellants.

C. Scullion, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—An important pre-trial step in many criminal prosecutions is the identification of the accused by the alleged victim. Apart from identification with the aid of a photograph or

conséquence, d'avoir mis Marcoux en présence du témoin. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en mentionnant au jury le refus du prévenu de participer à une parade d'identification.

La preuve de l'offre et du refus d'une parade d'identification ne sera toutefois pas pertinente et recevable dans tous les cas où la question de l'identification du prévenu est en litige. La recevabilité dépendra des circonstances en cause. S'il arrive au procès que le ministère public doit expliquer l'omission d'une parade d'identification ou accepter la possibilité que le jury en tire une conclusion défavorable, alors dans les circonstances, il semblerait que la preuve du refus soit à la fois pertinente et recevable. En d'autres circonstances, une telle preuve ne devrait pas être soumise car elle peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence.

Arrêts mentionnés: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd.*, [1971] 2 O.R. 3; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Proc. Gén. (Qué.) c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Le renvoi sur la validité de l'art. 92(4) du Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *Holt v. United States* (1910), 218 U.S. 245; *Schmerber v. California* (1966), 384 U.S. 757; *United States v. Wade* (1967), 388 U.S. 218; *R. v. Burns*, [1965] 2 O.R. 563; *R. v. Shaw* (1964), 48 W.W.R. 190; *Rochin v. California* (1952), 342, U.S. 165; *Dallison v. Caffery*, [1965] 1 Q.B. 348; *R. v. Brager* (1965), 52 W.W.R. 509; *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600; *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541; *R. v. John*, (résumé) [1973] Crim. L.R. 113.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel des accusés de leurs déclarations de culpabilité prononcées par le juge Graburn siégeant avec jury, sous l'accusation d'introduction avec effraction et de vol. Pourvoi rejeté.

R. Carter, pour les appelants.

C. Scullion, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans de nombreuses poursuites criminelles, une étape importante avant le procès est l'identification de l'accusé par la présumée victime. Mise à part l'identification à l'aide

¹ [1973] 3 O.R. 861.

¹ [1973] 3 O.R. 861.

photographs, the identification procedure adopted by the police officers will normally be one of two types: (i) the showup—of a single suspect; (ii) the line-up—presentation of the suspect as part of a group. In this case the accused Marcoux refused a line-up and a showup followed.

The question is whether there was error on the part of the trial judge in admitting evidence of the refusal. The question also arises whether, the evidence having been admitted, there was error in failing to instruct the jury that Marcoux had a legal right to refuse to participate in a line-up and no adverse inference could be drawn from refusal. The two accused were tried and convicted before a judge and jury at the City of Toronto on the charge of breaking and entering and theft of a wallet. The theory of the Crown was that Marcoux in early morning had entered a hotel room occupied by Gerard Fleskes and his wife, that Fleskes had awakened and had spoken, whereupon Marcoux fled, taking Fleskes' wallet, and escaped in a car in which the co-accused Solomon was waiting. A bellman at the hotel recorded the licence number of the departing car. The critical issue at trial was the identification of Marcoux by Fleskes. The two accused were arrested shortly after the theft and escorted to the police station where one of the investigating officers, Detective Starrett, asked Marcoux whether he would participate in a line-up. Marcoux's refusal was emphatic and unambiguous. Later in the morning Fleskes was shown two men walking down a hallway, one of whom, Marcoux, he identified as the person he had seen earlier in his hotel bedroom. Five minutes later Fleskes was taken to a room occupied by Marcoux and a police constable, and there confronted Marcoux, and gave the classic response, "Yes, sir, that is him."

At the conclusion of the examination in chief of Fleskes, the trial took an unusual turn. Counsel for

d'une photographie ou de plusieurs, la méthode d'identification pratiquée par les policiers sera normalement l'une des deux suivantes: (i) la confrontation de la victime avec un seul suspect (*the showup*); (ii) la parade d'identification où le suspect est présenté à la victime parmi un groupe (*the line-up*). En l'espèce, l'accusé Marcoux a refusé de se soumettre à la parade d'identification et on a procédé selon la première méthode.

La question en litige est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en jugeant recevable la preuve du refus. Il y a aussi la question de savoir si, la preuve ayant été admise, il y a eu erreur en omettant de mentionner dans les directives au jury que Marcoux avait légalement le droit de refuser de participer à une parade d'identification et qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne pouvait être tirée du refus. Le procès des deux accusés, inculpés d'introduction par effraction et de vol d'un portefeuille, s'est déroulé devant un juge et un jury à Toronto et ils ont été déclarés coupables. Le ministère public a prétendu que Marcoux s'était introduit tôt le matin dans une chambre d'hôtel occupée par Gérard Fleskes et sa femme, que Fleskes s'était réveillé et avait parlé, sur quoi Marcoux s'était enfui, emportant le portefeuille de Fleskes, dans une voiture dans laquelle le coaccusé Solomon l'attendait. Un chasseur de l'hôtel a noté le numéro d'immatriculation de la voiture des fuyards. La question décisive au procès a été l'identification de Marcoux par Fleskes. Les deux prévenus ont été arrêtés peu de temps après le vol et conduits au poste de police où l'un des enquêteurs, le détective Starrett, a demandé à Marcoux de participer à une parade d'identification. Marcoux a refusé de façon absolue et catégorique. Plus tard au cours de l'avant-midi, on a montré à Fleskes deux hommes qui marchaient dans un corridor, dont l'un d'eux était Marcoux qu'il identifia comme la personne qu'il avait vue plus tôt dans sa chambre. Cinq minutes après, on a conduit Fleskes dans une pièce où se trouvaient Marcoux et un constable. Là, confronté avec Marcoux, il donna la réponse classique, [TRANSDUCTION] «Oui, monsieur, c'est lui».

A la fin de l'interrogatoire principal de Fleskes, le procès a pris une tournure inhabituelle. L'avocat

the accused Solomon, who was not counsel before this Court, moved that the case be then taken from the jury on the ground the evidence of identification was insufficient in law to justify continuance. Counsel questioned the probative value of Fleskes' evidence. He emphasized that the identification had taken place in response to a question by a police officer, "Is that the man?" and while Marcoux was in custody. The motion was denied as premature, and the trial continued. During his evidence in chief Detective Starrett told the jury he had asked Marcoux whether he would participate in a line-up, and Marcoux had refused. Detective Starrett was subjected to vigorous and lengthy cross-examination; in particular counsel faulted him for failure to conduct a line-up or identification parade in accordance with the regulations and procedure of the Metropolitan Toronto Police. It was suggested that Starrett had broken "every rule that is in the book" in parading Marcoux, that it was not "a proper line-up at all in any manner, shape or form", that Marcoux should have been allowed to have a lawyer present to see that the line-up was conducted fairly, that twelve people are supposed to be in the line-up and not just one. At the conclusion of the Crown evidence, the motion for a directed verdict of acquittal was renewed. Counsel for Marcoux maintained that the instructions and pamphlets of the Metropolitan Toronto Police respecting identification parades had been "spat upon" and what had occurred at the police station was a "mockery". It was in the light of this unequivocal, if somewhat intemperate and, in the circumstances, unwarranted, attack on police procedures that the trial judge in the course of his charge to the jury said:

I have one other matter of law that I wish to refer to before reviewing the evidence with you. There is no statutory authority to force an accused person or a suspect or a person at a police station into a line-up. It will be for you to decide on the totality of the evidence what significance you will attach to Mr. Marcoux's refusal to participate in a suggested line-up.

de l'accusé Solomon, qui ne le représentait pas devant cette Cour, a demandé que la cause soit retirée du jury pour le motif que la preuve d'identification était en droit insuffisante pour justifier la poursuite du procès. L'avocat a mis en doute la valeur probante du témoignage de Fleskes. Il a insisté sur le fait que l'identification s'était faite en réponse à la question «est-ce lui?» posée par un policier et alors que Marcoux était détenu. La requête a été refusée comme étant prématurée et le procès s'est poursuivi. Au cours de son témoignage principal, le détective Starrett a dit au jury qu'il avait demandé à Marcoux s'il voulait participer à une parade d'identification et que Marcoux avait refusé. Le détective Starrett a été soumis à un contre-interrogatoire long et serré; en particulier l'avocat l'a blâmé de n'avoir pas fait de parade d'identification conformément aux règlements et à la procédure de la police de la région métropolitaine de Toronto. On a soumis que Starrett avait [TRADUCTION] «fait fi de tous les règlements en usage» en identifiant Marcoux, qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'une parade d'identification tout à fait irrégulière dans la façon, la manière ou le mode de procéder», qu'on aurait dû permettre à Marcoux d'avoir un avocat présent afin de s'assurer que la parade d'identification soit faite équitablement, que douze personnes sont censées participer à la parade d'identification et non seulement une. À la fin de la preuve de la Couronne, on a de nouveau demandé un verdict commandé d'acquiescement. L'avocat de Marcoux a soutenu que les directives et les brochures de la sûreté de la région métropolitaine de Toronto relatives aux parades d'identification avaient été ignorées et que ce qui s'était produit au poste de police était un «simulacre». C'est à la lumière de cette attaque directe, quoiqu'un peu excessive et, dans les circonstances, injustifiée, contre les méthodes de la police que le juge de première instance a déclaré dans ses directives au jury:

[TRADUCTION] Il y a une autre question de droit que j'aimerais mentionner avant de procéder avec vous à l'examen de la preuve. Aucune loi n'oblige un prévenu, un suspect ou une personne détenue dans un poste de police, à participer à une parade d'identification. Il vous incombe de décider d'après l'ensemble de la preuve de l'importance à donner au refus de M. Marcoux de participer à la parade d'identification proposée.

As I have said, the appellants were convicted. The case went to appeal on the grounds that the evidence that Marcoux refused to participate in the police line-up was inadmissible, and the trial judge should have instructed the jury they could draw no adverse inference from such refusal. A majority in the Court of Appeal for Ontario (Schroeder J.A., Jessup J.A. concurring) were of opinion the appeals must fail. Schroeder J.A. said police line-ups were a regular part of police routine when a crime was being investigated in which identification was an issue, that the invitation was extended to Marcoux for no improper purpose and failure to make a line-up or identification parade available might well have been a matter of adverse comment on the part of counsel for the accused. The majority of the Court did not regard the evidence in question to be inadmissible; it was but a circumstance which, together with all other circumstances, the jury were entitled to take into consideration in determining the guilt or innocence of the accused. Brooke J.A. did not agree. The rationale of his dissent is, I think, encapsulated in the following passage of his judgment:

The privilege against self-incrimination vested in the appellant the right to refuse to participate in the line-up. To allow a negative inference to be drawn from the exercise of that right would amount to a partial denial of the right itself.

In my opinion (i) an accused's privilege against self-incrimination is not violated if, while in custody and under pretrial investigation, he is placed in a police line-up; (ii) an issue of police power in respect of detained persons may, however, arise if physical compulsion is necessary; (iii) evidence of refusal to take part in the police line-up was admissible in the circumstances of this case; (iv) this evidence formed part of the totality of the evidence from which the jury was required to draw an inference of innocence or of guilt.

Comme je l'ai dit, les appelants ont été déclarés coupables. Un appel a été interjeté pour les motifs que la preuve que Marcoux avait refusé de participer à la parade d'identification était irrecevable et que le juge de première instance aurait dû mentionner dans ses directives au jury qu'il ne pouvait pas tirer de ce refus de conclusion défavorable à l'accusé. Une majorité de la Cour d'appel de l'Ontario (les opinions des juges d'appel Schroeder et Jessup étant concordantes), a décidé que les appels ne pouvaient être accueillis. Le juge d'appel Schroeder a déclaré que les parades d'identification faisaient régulièrement partie du travail courant de la police lorsque celle-ci faisait enquête relativement à un crime où la question d'identification était en jeu, que l'invitation faite à Marcoux n'était pas irrégulière et le défaut de donner l'occasion de participer à une parade d'identification aurait très bien pu faire l'objet de commentaires défavorables de la part de l'avocat de l'accusé. La majorité de la Cour n'a pas considéré la preuve en question irrecevable; il ne s'agissait que d'une circonstance dont le jury, avec toutes les autres, avait le droit de tenir compte pour décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'inculpé. Le juge d'appel Brooke n'était pas d'accord. Le principe de sa dissidence est, je crois, bien résumé dans le passage suivant de son jugement:

[TRADUCTION] En raison du privilège contre l'auto-incrimination, l'appelant avait le droit de refuser de participer à la parade d'identification. Permettre de tirer une conséquence négative de l'exercice de ce droit équivaldrait à un déni partiel du droit lui-même.

À mon avis, (i) le privilège d'un inculpé contre l'auto-incrimination n'est pas violé s'il est placé dans une parade d'identification lorsqu'il est détenu et qu'il fait l'objet d'une enquête avant le procès; (ii) le pouvoir de la police à l'égard des personnes détenues peut toutefois être mis en question si la contrainte physique s'avère nécessaire; (iii) la preuve du refus de participer à une parade d'identification était recevable dans les circonstances de l'affaire; (iv) cet élément de preuve constituait une partie de l'ensemble de la preuve en vertu de laquelle le jury devait tirer une conclusion d'innocence ou de culpabilité.

I

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition. The extent of the maxim is stated in *Broom's Legal Maxims* (10th ed.) as follows, pp. 660-661:

It may be stated as a general rule that *a witness in any proceeding* is privileged from answering, not merely where his answer will criminate him directly but also where it may have a tendency to criminate him. (Italics added)

See *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada*². This Court in *Curr v. The Queen*³, held that the "history of the privilege as a Canadian derivative from the English common law is accurately reflected in the way it is expressed in s. 2(d)" of the *Canadian Bill of Rights*. Section 2 of the *Bill of Rights* provides that no law of Canada shall be construed or applied so as to:

(d) authorize a court ... to compel a person to give evidence if he is denied ... protection against self-incrimination or other constitutional safeguards ...

Laskin J., as he then was, said at p. 912:

... I cannot read s. 2(d) as going any farther than to render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself before a court or like tribunal through the giving of evidence, without concurrently protecting him against its use against him.

The privilege, historically and comprehensively analyzed in 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, pp. 284 *et seq.*, developed in revulsion from the system of interrogation practised in the old ecclesiastical courts and the Star Chamber, *i.e.* summoning a person, without

I

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale. La portée de la maxime est énoncée dans *Broom's Legal Maxims* (10^e éd.) comme suit, aux pp. 660-661:

[TRADUCTION] On peut énoncer comme principe général qu'un témoin dans toute procédure a le droit de ne pas répondre, non seulement lorsque sa réponse l'incriminerait directement mais aussi lorsqu'elle pourrait tendre à l'incriminer.

(J'ai mis des mots en italiques)

Voir *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada*². Cette Cour, dans l'arrêt *Curr c. La Reine*³, a statué que «l'évolution, au Canada, de ce privilège, qui est tirée de la *common law* anglaise, est bien représentée dans la façon dont il est énoncé à l'art. 2(d)» de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 2 de la *Déclaration des droits* prévoit que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

(d) autoriser une cour ... à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse ... la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel ...

Le juge Laskin, alors juge puîné, a déclaré à la p. 912:

... je ne puis interpréter l'art. 2(d) comme faisant plus que rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui.

Le privilège, dont une analyse historique et globale est faite dans 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, aux pp. 284 *sqq.*, s'est développé par réaction à la méthode d'interrogatoire pratiquée devant les anciens tribunaux ecclésiastiques et devant la Chambre Étoilée, où

² [1971] 2 O.R. 3.

³ [1972] S.C.R. 889.

² [1971] 2 O.R. 3.

³ [1972] R.C.S. 889.

giving him warning of the charge against him, and examining him on oath. The general rule evolved that no one was bound to answer any question if the answer would tend to expose him to a criminal charge. As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the witness box, *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5. As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears. In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally: *Attorney-General of Quebec v. Bérin*⁴; *In re Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act 1957 (Sask.)*⁵; see also the helpful article "Is there a right against self-incrimination in Canada" by Professor Ed. Ratushny, (1973) 19 McGill Law Journal 1.

American jurisprudence on the Fifth Amendment, which protects a person against being compelled "to be a witness against himself", and Canadian jurisprudence on the privilege against self-incrimination, have followed parallel courses, limiting the application of the privilege to its historic reach, *i.e.* protection against testimonial compulsion. Such a limitation gives rise to a distinction between coerced oral or documentary disclosures which fall within the privilege, and what has been termed "real or physical" evidence, *i.e.* physical evidence taken from a person without his consent, which, broadly speaking, falls outside the privilege.

The leading American case in which this distinction first appears is *Holt v. United States*⁶. There the question was whether evidence was admissible that the accused, prior to trial and over his protest,

l'usage consistait à faire comparaître une personne, sans l'aviser de quoi elle était inculpée, et à l'interroger sous serment. La règle générale a évolué jusqu'à ce que personne ne soit obligé de répondre à une question si la réponse pouvait tendre à l'exposer à une inculpation de nature criminelle. Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée, *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 5. Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général: *Procureur général du Québec c. Bérin*⁴; *Le renvoi sur la validité de l'article 92(4) du Vehicles Act 1957 (Sask.)*⁵; voir aussi l'intéressant article du professeur Ed. Ratushny, "Is there a right against self-incrimination in Canada", (1973) 19 McGill Law Journal 1.

Le droit américain sur le cinquième amendement, qui protège une personne contre la contrainte [TRADUCTION] "de témoigner contre elle-même", et le droit canadien sur le privilège contre l'auto-incrimination ont suivi un cheminement parallèle en limitant l'application du privilège à sa portée historique, *c.-à-d.* assurer une protection contre la contrainte de témoigner. Une telle restriction fait naître une distinction entre des révélations verbales ou écrites obtenues de force lesquelles tombent sous le coup du privilège et ce qu'on a appelé la preuve "réelle ou matérielle", *c.-à-d.* une preuve matérielle qui a été obtenue d'une personne sans son consentement et qui, généralement parlant, n'est pas visée par le privilège.

Aux États-Unis, le cas d'espèce qui fait autorité et qui le premier a fait cette distinction est l'arrêt *Holt v. United States*⁶. En cette affaire-là, la question était de savoir si la preuve que l'accusé,

⁴ [1955] S.C.R. 593.

⁵ [1958] S.C.R. 608.

⁶ (1910), 218 U.S. 245.

⁴ [1955] R.C.S. 593.

⁵ [1958] R.C.S. 608.

⁶ (1910), 218 U.S. 245.

put on a blouse that fitted him. It was contended that compelling the accused to submit to the demand that he model the blouse violated the privilege against self-incrimination. Mr. Justice Holmes, speaking for the Court, rejected the argument as "based upon an extravagant extension of the Fifth Amendment," and went on to say, pp. 252-253:

(T)he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof.

The Supreme Court of the United States in *Schmerber v. California*⁷, held that, p. 761:

...the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature.

and in the more recent case of *United States v. Wade*⁸, considered whether a suspect's privilege against self-incrimination had been violated when he was forced to stand in a line-up, wear stripes on his face and speak certain words. The majority of the court held that neither the line-up itself nor anything shown by the record that Wade was required to do in the line-up violated his privilege against self-incrimination.

An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself but (i) *bodily condition*, such as features, exhibited in a courtroom or in a police line-up, clothing, fingerprints, photographs, measurements (see the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1), and (ii) *conduct* which the accused cannot control, such as compulsion to submit to a search of his

avant son procès et malgré ses protestations, avait revêtu une vareuse qui était de sa taille, était recevable. On a prétendu que le fait de contraindre l'inculpé à se soumettre à l'ordre d'essayer la vareuse, était une violation du privilège contre l'auto-incrimination. M. le juge Holmes, parlant au nom de la Cour, a rejeté l'argument comme [TRADUCTION] "fondé sur une étendue exagérée du cinquième amendement," et il a continué en ces termes, aux pp. 252 et 253:

[TRADUCTION] L'interdiction de contraindre une personne devant un tribunal pénal de témoigner contre elle-même est une interdiction d'employer la contrainte physique ou morale afin de lui extorquer des communications, mais elle n'empêche pas de recourir à sa personne physique comme preuve lorsque la chose peut être pertinente. En principe, l'objection interdirait au jury de regarder un accusé et de comparer ses traits avec ceux reproduits sur une photographie mise en preuve.

La Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Schmerber v. California*⁷, a décidé que, à la p. 761:

[TRADUCTION] ... le privilège protège le prévenu uniquement contre l'obligation de témoigner contre lui-même, ou d'autrement fournir à l'État une preuve, sous forme de témoignage ou de communication ...

et dans l'arrêt plus récent de *United States v. Wade*⁸, elle a examiné si le privilège d'un suspect contre l'auto-incrimination avait été violé lorsqu'il avait été obligé de participer à une parade d'identification, de mettre des bandes sur son visage et de prononcer certaines paroles. La majorité de la Cour a décidé que ni la parade d'identification en soi, ni rien que Wade, selon le dossier, avait été obligé de faire au cours de la parade, n'avait violé son privilège contre l'auto-incrimination.

Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses photographies, ses mensurations (voir la *Loi sur l'identification des criminels* S.R.C. 1970, c.

⁷ (1966), 384 U.S. 757.

⁸ (1967), 388 U.S. 218.

⁷ (1966), 384 U.S. 757.

⁸ (1967), 388 U.S. 218.

clothing for concealed articles or his person for body markings or taking shoe impressions or compulsion to appear in Court do not violate the principle. As *Wigmore, supra* has observed, Art. 2265, p. 386: "When the person's body, its marks and traits, itself is in issue, there is ordinarily no other or better evidence available for the prosecutor." Difficult questions have arisen when pre-trial police procedures went beyond mere physical examination to the taking of blood and other bodily fluids for the purpose of analysis and use in evidence (see *R. v. Burns*⁹, and s. 237(2) of the *Criminal Code*)—or when considering the right of the police to require performance of physical tests to determine whether a person is impaired (*R. v. Shaw*¹⁰) or in extracting physical evidence from a person's body without his consent (*Rochin v. California*¹¹. See also "Self-Incrimination by the Accused in English Law" by Professor G.D. Nokes, 2 U.B.C. Law Review 316.) But those cases are not this case. I am in no doubt that the exhibition of the person of an accused at a line-up for observation by an alleged victim is not itself a violation of the privilege against self-incrimination.

II

Apart altogether from the concept of the privilege against self-incrimination, it should not be overlooked that the application of force to compel an accused or a suspect to take part in a line-up may raise a question as to the limits on the powers of the police in relation to detained persons. Reasonable compulsion to this end is in my opinion an incident to the police power to arrest and investigate, and no more subject to objection than compelling the accused to exhibit his person for observation by a prosecution witness during a trial.

⁹ [1965] 2 O.R. 563.

¹⁰ (1964), 48 W.W.R. 190.

¹¹ (1952), 342 U.S. 165.

I-1), et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements à la recherche d'objets cachés ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices ou à la prise d'empreinte de ses souliers ou le contraindre de comparaître devant le tribunal. Comme *Wigmore* le fait remarquer à l'art. 2265, p. 386: [TRADUCTION] «Lorsque le physique d'une personne, avec ses traits et caractéristiques, est lui-même en cause, le poursuivant n'a ordinairement aucune autre preuve ni de meilleures preuves». Des questions difficiles ont été soulevées lorsque les procédures policières avant le procès ont dépassé le simple examen physique pour aller jusqu'à la prise de sang et autres substances en vue d'en faire l'analyse et de les présenter en preuve (voir *R. v. Burns*⁹, et le par. 2 de l'art. 237 du *Code criminel*)—ou lorsqu'on considère le droit de la police d'exiger qu'une personne subisse des épreuves physiques en vue de déterminer si elle est en état d'ébriété (*R. v. Shaw*)¹⁰ ou lorsqu'on prélève des éléments de preuve du corps d'une personne sans son consentement (*Rochin v. California*¹¹. Voir aussi «Self-Incrimination by the Accused in English Law» par le professeur G. D. Nokes, 2 U.B.C. Law Review 316). Mais ces arrêts ne sont pas similaires au cas en l'espèce. Je n'ai aucun doute que faire participer un prévenu à une parade d'identification aux fins d'observation par une présumée victime ne constitue pas en soi une violation du privilège contre l'auto-incrimination.

II

Mettant tout à fait de côté le concept du privilège contre l'auto-incrimination, il ne faut pas oublier que l'emploi de la force pour contraindre un prévenu ou un suspect à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues. A cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est à mon avis accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un

⁹ [1965] 2 O.R. 563.

¹⁰ (1964), 48 W.W.R. 190.

¹¹ (1952) 342 U.S. 165.

The powers of peace officers with respect to persons under arrest were dealt with by the Court of Appeal in England in *Dallison v. Caffery*¹² where Denning M.R. stated at p. 367:

When a constable has taken into custody a person reasonably suspected of felony, he can do what is reasonable to investigate the matter, and to see whether the suspicions are supported or not by further evidence. . . . The constable can put the suspect up on an identification parade to see if he is picked out by witnesses. So long as such measures are taken reasonably, they are an important adjunct to the administration of justice.

The extent of the right of the police to force a suspect to take part in a line-up against his will does not, of course, squarely arise in this case, as the police accepted Marcoux's refusal, and indeed the question will usually be of very little practical importance, as the introduction of a struggling suspect into a line-up might make a farce of any line-up procedure. Additionally, as Professor Glanville Williams has observed in 1963 *Criminal Law Review*, pp. 479, 480:

. . . if the suspect objects the police will merely have him "identified" by showing him to the witness and asking the witness whether he is the man. Since this is obviously far more dangerous to the accused than taking part in a parade, the choice of a parade is almost always accepted.

In *Attorney-General for Quebec v. Begin*, *supra*, Fauteux J. said that to his knowledge there has never been exclusion as inadmissible from the evidence at trial of the report of facts definitively incriminating the accused and which he supplies *involuntarily* as for example, *inter alia*, his identification when for this purpose he is lined up with other persons. His words were, p. 602:

Also to my knowledge there has never been, for these reasons, exclusion, as inadmissible, from the evidence at the trial, of the report of facts definitely incriminating

prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès. Les pouvoirs des agents de la paix à l'égard des personnes en état d'arrestation ont été traités par la cour d'appel d'Angleterre dans *Dallison v. Caffery*¹², où le maître des rôles Denning a déclaré, à la p. 367:

[TRADUCTION] Lorsqu'un agent de la paix a appréhendé une personne raisonnablement suspecte d'un crime, il peut faire ce qui est raisonnable pour procéder à l'enquête et pour voir si les soupçons sont confirmés ou non par d'autres éléments de preuve. . . . L'agent de la paix peut faire participer le suspect à une parade d'identification pour voir s'il sera désigné par des témoins. Dans la mesure où de tels moyens sont employés de façon raisonnable, ils constituent un auxiliaire important à l'administration de la justice.

Naturellement, l'étendue du droit de la police d'obliger un suspect à prendre part à une parade d'identification malgré lui, n'est pas carrément soulevé en l'espèce puisque la police a accepté le refus de Marcoux, et en fait, la question a certainement très peu d'importance en pratique car faire participer de force à la parade d'identification un suspect réticent pourrait tourner la procédure en dérision. De plus, comme le professeur Glanville Williams l'a fait remarquer dans 1963 *Criminal Law Review*, aux pp. 479 et 480:

[TRADUCTION] . . . si le suspect s'y oppose, la police le fera simplement «identifier» en le montrant au témoin et en demandant à ce dernier si le prévenu est l'homme en question. Comme cette pratique est évidemment beaucoup plus dangereuse pour le prévenu que celle de participer à une parade d'identification, celui-ci acceptera presque toujours cette dernière.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Bégin*, *supra*, le juge Fauteux dit que, selon lui, on n'a jamais exclu, comme inadmissible, de la preuve au procès, le rapport de faits incriminant définitivement l'accusé et que lui-même supplée *involontairement*, tel que par exemple, *entre autres*, son identification lorsqu'à ces fins il est mis en ligne parmi d'autres personnes. Il a employé ces termes, à la p. 602:

Je ne sache pas non plus qu'on ait jamais, pour ces motifs, exclu, comme inadmissible, de la preuve au procès, le rapport de faits incriminant définitivement

¹² [1965] 1 Q.B. 348.

¹² [1965] 1 Q.B. 348.

the accused and which he supplies involuntarily, as for example:- his bearing, his walk, his clothing, his manner of speaking, his state of sobriety or intoxication; his calmness, his nervousness or hesitation, his marks of identity, his identification when for this purpose he is lined up with other persons; the presence on him of stolen objects or objects the possession of which, being forbidden to the public, constitutes a breach of the law and affords ground for criminal prosecution, such as narcotics, spirituous liquors unlawfully manufactured or imported, and others. Without doubt, the method used for obtaining this kind of evidence may, in certain cases, be illegal and may even give occasion for recourse to civil or even criminal action against those who have used it, but there is no longer any discussion of the proposition declaring that in such cases the illegality affecting the method of obtaining the evidence does not affect, *per se*, the admissibility of this evidence at the trial.

III

As to the admissibility of evidence of refusal by Marcoux to participate in a line-up, it is only necessary to observe that the trial tactics of defence counsel made this evidence admissible beyond any question; admissible, not for the purpose of proving guilt, but to explain the failure to hold an identification parade and the necessity, as a result, to have Fleskes confront Marcoux, a procedure which counsel for Marcoux so roundly criticized. See *R. v. Brager*¹³ at p. 511.

As Professor Williams notes in the article to which I have referred, p. 481:

The Courts have come to expect that evidence of identification should be subjected to the test of a parade, especially where mere confrontation of a witness with the suspect during investigations might not produce reliable results, either because the witness had only a fleeting glimpse of the culprit or because his memory seems not sufficiently definite about the culprit's appearance.

New York cases since *People v. Ballott*¹⁴ have found the failure to employ a line-up by the police, absent imperative circumstances, violative of due process—see “*Pretrial Identification*”, (1971) 55

l'accusé et que lui-même supplée involontairement, tel que par exemple:—sa tenue, sa démarche, son vêtement, sa façon de parler, son état de sobriété ou d'ébriété; son calme, son énervement ou son hésitation, ses marques d'identité, son identification lorsqu'à ces fins il est mis en ligne parmi d'autres personnes; la présence sur lui-même d'objets volés ou d'objets dont la possession uniquement constitue une infraction à la loi et donne lieu à des poursuites criminelles, telle la possession de narcotiques, de spiritueux illégalement manufacturés ou importés, et autres. Sans doute, la méthode employée pour l'obtention de certaines de ces preuves peut, dans certains cas, être illégale et même donner lieu à des recours d'ordre civil ou même criminel, contre ceux qui l'ont utilisée, mais on ne discute plus de la proposition voulant qu'en ces cas, l'illégalité entachant la méthode d'obtention de la preuve n'affecte pas, *per se*, l'admissibilité de cette preuve au procès.

III

Quand à la recevabilité de la preuve du refus par Marcoux de participer à une parade d'identification, il est seulement nécessaire de faire remarquer que les tactiques de l'avocat de la défense au procès ont rendu cette preuve recevable hors de tout doute; recevable, non en vue de prouver la culpabilité, mais pour expliquer le défaut de procéder à une parade d'identification, et la nécessité, comme conséquence, d'avoir mis Marcoux en présence de Fleskes, une méthode que l'avocat de Marcoux a critiqué si vertement. Voir *R. v. Brager*,¹³ à la p. 511.

Comme le professeur Williams le mentionne à l'article auquel j'ai renvoyé, à la p. 481:

[TRADUCTION] Les cours en sont venues à s'attendre à ce que la parade fasse partie de la preuve d'identification, particulièrement lorsque la simple confrontation d'un témoin avec le suspect au cours de l'enquête pourrait ne pas donner de résultats valables, soit parce que le témoin n'a qu'entrevu rapidement le suspect, soit parce que sa mémoire ne semble pas suffisamment précise quand à l'aspect du prévenu.

D'après les décisions rendues dans l'État de New York depuis l'arrêt *People v. Ballott*,¹⁴, le défaut par la police d'utiliser la parade d'identification, en l'absence de circonstances incontrôlables, cons-

¹³ (1965), 52 W.W.R. 509.

¹⁴ (1967), 20 N.Y. 2d 600.

¹³ (1965), 52 W.W.R. 509.

¹⁴ (1967), 20 N.Y. 2d 600.

Minnesota Law Review 779, at p. 791. The Court of Criminal Appeal of England has commented adversely on the absence of an identification parade and failure to explain the omission to hold one: *R. v. Seiga*¹⁵. In *R. v. John* (unreported, abridged in (1973) Crim. L.R. 113) evidence was given by a detective constable that the accused had refused an identification parade. On appeal from conviction, it was urged, unsuccessfully, that the trial judge had wrongly allowed one of the witnesses to identify the accused in the dock when she had not identified him before the trial. Lord Justice Cairns, delivering the judgment of the Court of Appeal, said:

This method of identification ought to have been avoided if possible. It might have been possible in this case if the Appellant had been willing to submit to an identification parade. Leaving out altogether the question of whether or not it was reasonable for him to refuse an identification parade, the fact was that the Prosecution did not have that very much better method of identification available and, that being so, it does not appear to this Court to be wrong to allow that method of identification to be used by that witness, Miriam Baker.

I should make it clear, however, that I do not think evidence of the offer and refusal of a line-up will be relevant and admissible in every case in which identification of an accused is in issue. Admissibility will depend upon the circumstances of the case. If, at trial, it unfolds that the Crown must explain the omission of a line-up or accept the possibility of the jury drawing an adverse inference, then in those circumstances it would seem that evidence of refusal is both relevant and admissible. In other circumstances I do not think such evidence should normally be tendered. The danger, as I see it, is that it may impinge on the presumption of innocence, the jury may gain the impression there is a duty on the accused to prove he is innocent. However, on the facts of the present case, I have no doubt whatever that evidence of Marcoux's refusal to take part in the line-up was admissible, coming as it did after the issue was

tituait une violation de l'application régulière de la loi—voir «*Pre-trial Identification*», (1971) 55 Minnesota Law Review 779, p. 791. La Cour d'appel en matière criminelle d'Angleterre a critiqué l'absence d'une parade d'identification et le défaut d'en expliquer l'omission: *R. v. Seiga*.¹⁵ Dans l'arrêt *R. v. John* (non publié, résumé dans (1973) Cr. L.R. 113), un détective a témoigné que le prévenu avait refusé de participer à une parade d'identification. En appel de la déclaration de culpabilité, on a fait valoir, sans succès, que le juge de première instance avait eu tort de permettre à l'un des témoins d'identifier le prévenu au banc des accusés alors qu'il ne l'avait pas identifié avant le procès. Le lord juge Cairns, rendant le jugement de la Cour d'appel, a dit:

[TRADUCTION] Cette méthode d'identification aurait dû être évitée si possible. En l'espèce, cela aurait pu être possible si l'appelant avait accepté de participer à une parade d'identification. Abstraction faite de la question de savoir s'il était raisonnable pour lui de refuser de participer à une parade d'identification, vu que la poursuite n'avait pu se prévaloir de cette méthode d'identification qui est de beaucoup préférable, selon cette Cour, il n'apparaît pas illégitime de permettre que cette méthode d'identification soit employée par ce témoin, Miriam Baker.

Je voudrais toutefois dire clairement que je ne pense pas que la preuve de l'offre et du refus d'une parade d'identification sera pertinente et recevable dans tous les cas où la question de l'identification du prévenu est en jeu. La recevabilité dépendra des circonstances en cause. S'il arrive au procès que le ministère public doive expliquer l'omission d'une parade d'identification ou accepter la possibilité que le jury en tire une conclusion défavorable, alors, dans les circonstances, il semblerait que la preuve du refus soit à la fois pertinente et recevable. En d'autres circonstances, je ne crois pas qu'une telle preuve devrait normalement être soumise. Le danger, comme je le vois, est que cela peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence. Toutefois, d'après les faits en l'espèce, je n'ai aucun doute que la preuve du refus de Marcoux de participer à la

¹⁵ [1961] Crim. L.R. 541.

¹⁵ [1961] Crim. L.R. 541.

opened by defence counsel following upon the evidence in chief of Fleskes.

IV

I find nothing wrong with the judge's charge to the jury. He told the jury there was no statutory authority to force an accused person or a suspect or a person at a police station into a line-up. That is a correct statement; if it is subject to any criticism, it is that it is too favourable to the accused. The judge then told the jury it was up to them to decide on the totality of the evidence what significance they would attach to Marcoux's refusal to participate in a suggested line-up. I do not think the judge erred in so instructing the jury. The evidence of the refusal was simply one more piece of evidence bearing upon the single issue, identification. It explained the failure to hold a line-up. The jury could take it into account. It was relevant and admissible and an inference could be drawn from it—if it was not open to any inference it was not relevant and not admissible. Even in such a matter as the failure of an accused to testify, although neither judge nor counsel can comment upon the failure, a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused.

I would dismiss the appeals.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: Robert J. Carter, Toronto.

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

parade d'identification était recevable, vu qu'elle s'est présentée après que la question a été soulevée par l'avocat de la défense, à la suite du témoignage principal de Fleskes.

IV

Je n'ai rien à reprocher aux directives du juge au jury. Il a dit au jury qu'il n'y avait pas d'autorité légale obligeant un prévenu ou un suspect ou une personne détenue dans un poste de police à participer à une parade d'identification. C'est là un énoncé juste; la seule critique qu'on peut lui adresser, c'est qu'il est trop favorable au prévenu. Le juge a ensuite dit au jury qu'il leur incombait de décider selon l'ensemble de la preuve de l'importance à donner au refus de Marcoux de participer à la parade d'identification proposée. Je ne crois pas que le juge ait commis d'erreur en donnant ces directives au jury. La preuve du refus était simplement un autre élément de preuve ayant une portée sur la question unique en litige, l'identification. Elle expliquait l'absence d'une parade d'identification. Le jury pouvait en tenir compte. C'était pertinent et recevable et une conclusion pouvait en être tirée—si aucune conclusion n'était possible, ce n'était ni pertinent ni recevable. Même dans une question telle que le défaut du prévenu de témoigner, bien que ni le juge ni l'avocat ne puissent commenter le défaut, un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Appel rejeté.

Procureur des appelants: Robert J. Carter, Toronto.

Procureur de l'intimée: The Attorney General for Ontario, Toronto.