

Martin Chambers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. CHAMBERS

File No.: 21385.

1990: May 28; 1990: October 18.

Present: Dickson C.J.* and Lamer C.J.** and
La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and
McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Right to silence — Evidence of accused's silence in face of incriminating question — Trial judge neglecting request by both counsel to instruct jury to ignore evidence bearing on accused's silence — Whether or not right to silence infringed.

Trial — Process — Juries — Trial judge informed of juror's illness — Juror discharged — Whether or not trial judge erred in discharging juror without hearing — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 573(1), 577.

Evidence — Evidence of bad character and immoral activity — Unfortunate asides and comments made by Crown during cross-examination — Sole issue one of credibility — Whether or not trial judge erred in permitting cross-examination of appellant's immoral activity and in failing to direct the jury as to limited use of such evidence — Whether or not trial judge erred in admitting evidence of appellant's immoral activity if not related to the offence — Whether or not Crown counsel's inflammatory manner denied appellant a fair trial.

Appellant was charged with conspiring to import cocaine. At his second trial his defence was that he had no intention of carrying out the agreement notwithstanding the appearance of his being an active conspirator. Rather, it was argued that his purpose was to recapture the affections of his former mistress who was one of the conspirators. The trial proceeded on the footing that if he raised a reasonable doubt on this point,

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Martin Chambers *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a

RÉPERTORIÉ: R. C. CHAMBERS

N° du greffe: 21385.

1990: 28 mai; 1990: 18 octobre.

^b

Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA

^c

COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Droit de garder le silence — Preuve du silence de l'accusé devant une question incriminante — Omission du juge du procès d'accéder à la demande des deux avocats de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de la preuve relative au silence de l'accusé — Y a-t-il eu violation du droit de garder le silence?

^d

Procès — Procédure — Jurys — Juge du procès informé de la maladie d'un juré — Libération du juré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en libérant le juré sans tenir d'audience? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 573(1), 577.

^e

Preuve — Preuve de mauvaise moralité et d'actes immoraux — Apartés et observations malheureux du ministère public au cours du contre-interrogatoire — L'unique question en litige est la crédibilité — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant que l'appellant soit contre-interrogé relativement à ses actes immoraux et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qui pouvait être fait d'une telle preuve? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve des actes immoraux de l'appellant alors que ceux-ci n'avaient aucun rapport avec l'infraction? — La conduite incendiaire du substitut du procureur général a-t-elle privé l'appellant d'un procès équitable?

^f^g^h

L'appellant a été accusé de complot en vue d'importer de la cocaïne. À son deuxième procès, il a allégué pour sa défense n'avoir eu aucune intention d'exécuter l'entente malgré l'apparence de sa participation active au complot. Il a soutenu au contraire que son but était de regagner l'affection de son ancienne maîtresse qui était du nombre des conspirateurs. À son procès, il était entendu que s'il faisait naître un doute raisonnable sur

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

he would be acquitted on the basis that such a defence was valid and came within the principles set forth in *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666.

During the trial, allegations were made that appellant had bribed Panamanian officials and arranged to have a conspirator robbed of cocaine. The suggestion had been made, too, that one witness had been paid to testify favourably and inferences and asides were made as to the reliability of the defence witnesses. Crown counsel attacked appellant's silence on his arrest. Both counsel eventually requested the trial judge to direct the jury to completely ignore the questions and answers given pertaining to the appellant's silence on the issues of guilt or innocence and credibility. The trial judge neglected to include these instructions in his charge to the jury and neither counsel reminded him of his undertaking.

Some six weeks into the trial a juror fell ill and the Court was advised by the attending physician that the juror would not be available for at least a week. The judge discharged him, without objection on the part of counsel, pursuant to s. 573(1) of the *Criminal Code*.

Five issues were before the Court: whether the trial judge erred (1) in discharging, without a hearing, a juror who had become ill; (2) in permitting cross-examination pertaining to bribery and in failing to direct the jury as to the limited use of that evidence; (3) admitting evidence of alleged criminal or immoral activity on appellant's part when that activity was not related to the offence charged; (4) in allowing Crown counsel to conduct the trial in an inflammatory manner and therefore deny the appellant a fair trial; and (5) whether appellant's right to silence had been violated in that the trial judge allegedly erred in: (a) allowing Crown counsel to cross-examine appellant as to why he did not make a statement to the authorities upon his arrest or tell any person in authority about his defence until the trial; and (b) in failing to direct the jury as to the very limited use which they could make of that evidence.

The Court of Appeal dismissed the appeal as to the first four issues. On the last issue, the majority held that no substantial wrong or miscarriage of justice had

ce point, il serait acquitté pour le motif que c'était là un moyen de défense légitime qui relevait des principes énoncés dans l'arrêt *R. v. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666.

Au cours du procès, il a été allégué que l'appellant avait soudoyé des fonctionnaires panaméens et fait en sorte que l'on vole de la cocaïne à l'un des conspirateurs. On a laissé entendre en outre que la déposition favorable d'un témoin avait été achetée. Il y a eu également des insinuations et des apartés concernant la fiabilité des témoins de la défense. Le substitut du procureur général s'en est pris au silence gardé par l'appellant lors de son arrestation. Les deux avocats ont finalement demandé au juge du procès de dire au jury de faire complètement abstraction des questions et des réponses relatives au silence de l'appellant, sur la question de la culpabilité ou de l'innocence et sur celle de la crédibilité. Le juge du procès a négligé de donner ces directives dans son exposé au jury et ni l'un ni l'autre avocat ne lui a rappelé son engagement.

Environ six semaines après le début du procès, un juré est tombé malade et le médecin traitant a fait savoir à la cour que ce dernier ne serait pas disponible pendant au moins une semaine. Le juge l'a donc libéré conformément au par. 573(1) du *Code criminel*, sans que l'un ou l'autre avocat ne s'y oppose.

Les cinq questions dont la Cour est saisie sont de savoir (1) si le juge du procès a commis une erreur en libérant, sans audience, un juré tombé malade, (2) s'il a commis une erreur en permettant un contre-interrogatoire portant sur la subornation et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qui pouvait être fait d'une telle preuve, (3) s'il a commis une erreur en admettant une preuve d'actes criminels ou immoraux qu'aurait commis l'appellant mais qui n'avaient aucun rapport avec l'infraction qui lui était imputée, (4) s'il a commis une erreur en permettant au substitut du procureur général de conduire le procès d'une façon incendiaire, privant ainsi l'appellant d'un procès équitable, et (5) si l'appellant a subi une violation de son droit de garder le silence du fait que le juge du procès aurait commis une erreur: a) en permettant au substitut du procureur général de contre-interroger l'appellant sur la raison pour laquelle il n'a pas fait de déclaration aux autorités lors de son arrestation ou attendu au procès pour informer une personne en autorité du moyen de défense qu'il allait invoquer, et b) en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage très limité qu'il pouvait faire de cette preuve.

La Cour d'appel a rejeté l'appel quant aux quatre premières questions. En ce qui concerne la dernière question, la cour à la majorité a décidé qu'aucun tort

occurred from the trial judge's omission to draw the jury's attention to the fact that no inference should be drawn from appellant's silence.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin J.J.: It would be inappropriate for this Court to reconsider its decision in *O'Brien* here with a view to overturning the doctrine of "double intent". The Crown was aware that the defence would rely upon the principle of double intent and yet did not indicate at any time prior to or at the trial or on appeal, that it might eventually challenge the correctness of the decision. A challenge to the *O'Brien* decision at this late date would be unfair to the appellant.

The accused does not have an absolute right to be present at a hearing considering the dismissal of a juror for health reasons. He or she, however, should not be lightly deprived of the right to be tried by a jury of twelve persons and of the right to be present throughout the trial. Finally, the trial judge might advise counsel in court and in the presence of the accused of the nature of the health or hardship problem and invite counsel to make submissions if they so wished. The process need not necessarily take on all the trappings of a formal hearing. The Sheriff's officer's report and the call to the trial judge from the juror's doctor had nothing to do with establishing the accused's guilt or innocence and so did not constitute a part of the trial requiring his presence.

Crown counsel properly cross-examined the appellant and the witness as to whether appellant had bribed the witness in order to obtain his favourable testimony. Their credibility was fundamentally important to appellant's defence.

Crown counsel's personal opinion as to the veracity of the witnesses was improper and it would have been preferable if the trial judge had so advised the jury. The effects of these unfortunate remarks were sufficiently overcome by the trial judge's instruction to the jury that it was their exclusive province to make findings of fact and, therefore, to assess the credibility of witnesses.

The trial judge erred in failing to charge the jury as to the restricted use that they could make of the evidence of the appellant's alleged immoral or criminal conduct.

important ni aucune erreur judiciaire grave n'avait résulté de l'omission du juge du procès d'attirer l'attention du jury sur le fait qu'aucune conclusion ne devait être tirée du silence de l'appellant.

a Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin: Il ne convient pas que la Cour réexamine en l'espèce son arrêt *b O'Brien* en vue d'écarter la théorie de la «double intention». Le ministère public savait que la défense allait invoquer le principe de la double intention et il n'a pourtant jamais indiqué antérieurement au procès, au cours du procès ou en appel qu'il pourrait *c éventuellement* contester le bien-fondé de l'arrêt en question. Contester l'arrêt *O'Brien* aussi tardivement serait injuste envers l'appellant.

L'accusé ne jouit pas d'un droit absolu d'être présent à une audience tenue pour examiner s'il y a lieu de libérer un juré pour des raisons de santé. Il ne doit toutefois pas être privé à la légère du droit d'être jugé par un jury de douze personnes ni du droit d'être présent en cour pendant tout son procès. Enfin, le juge du procès pourrait informer les avocats, en cour et en présence de *e l'accusé*, de la nature du problème de santé ou des difficultés particulières et les inviter à présenter des observations s'ils le désirent. Il n'est pas nécessaire que ce processus comporte toutes les formalités d'une audience en règle. Le rapport de l'officier du shérif et *f l'appel téléphonique* du médecin du juré au juge du procès n'avaient rien à voir avec l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et ne constituaient donc pas une partie du procès nécessitant la présence de ce dernier.

g Le substitut du procureur général a agi régulièrement en demandant à l'appellant et au témoin, au cours de leur contre-interrogatoire, si l'appellant avait suborné le témoin afin qu'il dépose en sa faveur. Leur crédibilité revêtait une importance capitale pour le moyen de *h défense* invoqué par l'appellant.

L'opinion personnelle du substitut du procureur général sur la véracité des témoins était illégitime et il eût été préférable que le juge du procès en avise le jury. La directive du juge du procès aux jurés selon laquelle il leur appartenait exclusivement de tirer des conclusions de fait et, par conséquent, d'apprécier la crédibilité des témoins suffisait pour neutraliser les effets de ces observations malheureuses.

j C'est à tort que le juge du procès a omis de donner aux jurés des directives quant à l'usage limité qu'ils pouvaient faire de la preuve de la conduite immorale ou

Evidence of an accused's bad character should, as a general rule, be considered only on the issue of the accused's general credibility and not as a basis for determining guilt or innocence.

The evidence of bad character could only have been used by the jury in considering the appellant's credibility once appellant had conceded that he gave every outward appearance of entering into the conspiracy. The jury should have been instructed as to the limited use of this evidence but any failure to charge on the issue did not result in a miscarriage of justice because appellant's credibility was the only issue at trial.

The right to silence can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings and at trial and is a basic tenet of our legal system falling within the ambit of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused exercised that right in the face of a question which suggested his guilt. Here, the Crown did not establish the necessary real relevance and proper basis for the admission of the questions on the ensuing silence. The trial judge's failure to instruct the jury, as requested by both counsel, that they were to ignore both the questions and the answers compounded the error and caused irreparable damage to the defence.

Section 613(1)(b)(iii) could not be applied to rectify the situation. Without a direction from the trial judge, the most reasonable and fair-minded juror might still draw an inference that the appellant should have said something. The Crown could not establish that, despite the error, the result must necessarily be the same. Defence counsel's failure to object to the omission can properly be taken into account in assessing the gravity of the omission and the consequences that should be attached to it. However, such a failure should not be a bar to directing a new trial where a significant injustice has been occasioned.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of Cory J. on the first four issues were agreed with. With respect to the fifth, the accused was not unfairly prejudiced by the objectionable questioning and the absence of direction to the jury on this particular point. Since there was no substantial wrong or miscarriage of justice, it

criminelle qu'aurait eue l'appelant. La preuve de la mauvaise moralité d'un accusé ne doit, en règle générale, être prise en considération que relativement à la question de la crédibilité générale de l'accusé et non pour justifier une conclusion à la culpabilité ou à l'innocence.

Le jury n'aurait pu se servir de la preuve de mauvaise moralité qu'aux fins de l'appréciation de la crédibilité de l'appelant après que celui-ci eut reconnu qu'il avait fait en sorte que l'on croie qu'il s'associait au complot. On aurait dû donner au jury des directives sur l'usage limité qu'il pouvait faire de cette preuve, mais l'omission de donner des directives sur cette question n'a pas entraîné d'erreur judiciaire puisque la crédibilité de l'appelant constituait l'unique question en litige au procès.

Le droit de garder le silence peut être légitimement exercé par l'inculpé aux stades d'enquête d'une instance ainsi qu'au procès et il constitue un principe fondamental de notre système juridique, qui relève de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est prévalu de ce droit face à une question tendant à établir sa culpabilité. En l'espèce, le ministère public n'a établi ni la pertinence réelle ni la justification légitime nécessaire pour admettre en preuve les questions concernant le silence de l'accusé. L'omission du juge du procès de dire aux jurés, comme le lui avaient demandé les deux avocats, qu'ils ne devaient tenir compte ni des questions ni des réponses a aggravé l'erreur et a causé à la défense un préjudice irréparable.

On ne saurait recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii) pour corriger la situation. En l'absence d'une directive du juge du procès, un juré, fût-il le plus raisonnable et le plus impartial, pourrait quand même inférer que l'appelant aurait dû dire quelque chose. Le ministère public n'a pu prouver qu'en dépit de l'erreur l'issue serait nécessairement la même. Le fait que l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'omission est un facteur pouvant légitimement être pris en considération aux fins d'apprécier la gravité de cette omission et de déterminer les conséquences qu'elle devrait entraîner. Cependant, une telle omission ne devrait pas empêcher que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée dans un cas où une injustice grave a été causée.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a accord avec l'opinion du juge Cory sur les quatre premières questions en litige. En ce qui concerne la cinquième, l'accusé n'a pas subi de préjudice indu par suite de l'interrogatoire irrégulier et de l'absence de directive au jury sur ce point particulier. Comme il n'y a eu aucun

was therefore appropriate to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; **referred to:** *R. v. Chambers*, [1986] 2 S.C.R. 29; *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *Basarabas v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(1)(d), 573(1), 577, 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 503, dismissing appellant's appeal from conviction by Trainor J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Thomas R. Berger and David Martin, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Anne W. MacKenzie*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

CORY J.—Although several issues are raised in this appeal, only one is crucial to its determination. That is whether the Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii)), to dismiss the appeal when the appellant was improperly cross-examined with regard to exercising his right to silence and the trial judge failed to charge the jury with regard to that right.

tort important ni aucune erreur judiciaire grave, il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

^a Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; **arrêts mentionnés:** *R. c. Chambers*, [1986] 2 R.C.S. 29; *R. v. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *Basarabas c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

^d *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 423(1)(d), 573(1), 577, 613(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 47 C.C.C. (3d) 503, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre le verdict de culpabilité rendu par le juge Trainor siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

^f *Thomas R. Berger et David Martin*, pour l'appellant.

^g *S. David Frankel, c.r.*, et *Anne W. MacKenzie*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendu par

^h LE JUGE CORY—Bien que plusieurs questions soient soulevées dans le présent pourvoi, une seule d'entre elles est cruciale pour le trancher: celle de savoir si la Cour d'appel a eu tort d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, sous-al. 686(1)(b)(iii)), pour rejeter l'appel dans un cas où l'appelant avait été soumis à un contre-interrogatoire irrégulier relativement à l'exercice de son droit de garder le silence et où le juge du procès avait omis de donner au jury des directives concernant ce droit.

Factual Background

In December 1981, the appellant was charged with conspiring to import a narcotic (cocaine) contrary to s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*. The appellant was then a lawyer practising in Vancouver. His trial was severed from that of the other co-accused and commenced in 1983. The bulk of the evidence against the appellant consisted of intercepted conversations. The trial judge held that the tapes of the telephone interceptions were inadmissible and a directed verdict of acquittal was entered. A new trial was ordered by the Court of Appeal. That order was upheld by this Court in 1986. See *R. v. Chambers*, [1986] 2 S.C.R. 29.

The second trial of the appellant commenced in 1987. It was the appellant's defence that, although he appeared to agree and to participate with the others involved in the conspiracy, in reality he had no intention of carrying out the agreement of bringing cocaine into the country. Rather, his purpose was to recapture the affections of Zina Pocius, his former mistress and one of the conspirators. His trial proceeded on the footing that if he raised a reasonable doubt on this point, he would be acquitted on the basis that such a defence was valid and came within the principles set forth by the majority of this Court in *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666. Neither before the Court of Appeal nor at trial did the Crown indicate that it would question the correctness of this decision.

The appellant testified that he had an affair with Zina Pocius which started in 1980. He maintained an apartment for her in Vancouver. At the same time he leased office space to Dumyn, one of the co-conspirators. Through Dumyn, the appellant was retained to go to Panama to see if he could arrange for Barudin, an associate of Dumyn's, to be released from jail. The appellant spent some time in Panama in the early spring of 1981 and succeeded in obtaining the release of Barudin and his cell mate Jay Gonzalez. Chambers testified that he had to bribe the Panamanian authorities in order to obtain this result, but added that the payment of bribes to government officials in Panama was not unusual. The intercepted com-

Les faits

En décembre 1981, l'appellant a été accusé d'avoir comploté en vue d'importer un stupéfiant (de la cocaine), contrairement à l'al. 423(1)d) du *Code criminel*. L'appellant exerçait alors la profession d'avocat à Vancouver. Son procès, distinct de celui de ses coaccusés, a débuté en 1983. La preuve produite contre l'appellant comprenait essentiellement des conversations interceptées. Le juge du procès a conclu à l'inadmissibilité des enregistrements des conversations téléphoniques et a imposé un verdict d'acquittement. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès, ordonnance qui a été maintenue par notre Cour en 1986. Voir *R. c. Chambers*, [1986] 2 R.C.S. 29.

Le deuxième procès de l'appellant a commencé en 1987. L'appellant a allégué pour sa défense que, bien que paraissant avoir été d'accord avec les autres conspirateurs et avoir participé avec eux au complot, il n'avait eu en réalité aucune intention d'exécuter l'entente en vue d'importer de la cocaine au Canada. Au contraire, son but était de regagner l'affection de Zina Pocius, son ancienne maîtresse qui était du nombre des conspirateurs. À son procès, il était entendu que s'il faisait naître un doute raisonnable sur ce point, il serait acquitté pour le motif que c'était là un moyen de défense légitime qui relevait des principes énoncés par notre Cour à la majorité dans l'affaire *R. v. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666. Ni devant la Cour d'appel ni au procès le ministère public n'a indiqué qu'il contesterait le bien-fondé de cet arrêt.

L'appellant a témoigné avoir eu avec Zina Pocius une liaison qui avait commencé en 1980. Il lui payait un appartement à Vancouver. En même temps, il louait un bureau à Dumyn qui était également du nombre des conspirateurs. Par l'intermédiaire de Dumyn, les services de l'appellant ont été retenus pour qu'il aille voir au Panama s'il pourrait faire libérer de prison Barudin, un associé de Dumyn. L'appellant a passé quelque temps au Panama au début du printemps de 1981 et a réussi à obtenir la mise en liberté de Barudin et de son compagnon de cellule, Jay Gonzalez. Chambers a dit qu'il a dû soudoyer les autorités panaméennes pour parvenir à ce résultat, mais a ajouté qu'il n'y avait rien d'inhabituel à donner des pots-de-vin

munications indicated that the appellant also made some suggestion that his mistress, Zina Pocius, should have sexual relations with the Attorney General of Panama if that became necessary in order to obtain the release of Barudin, although at trial Chambers claimed this was only a joke.

Upon their release, the prisoners, Pocius and the appellant proceeded to Miami. The evidence indicated that the conspiracy among Barudin, Dumyn, Pocius and Gonzalez to import cocaine into Canada started in Panama and was further discussed in Miami. The plan was to bring the cocaine from Miami to Vancouver where Barudin, Dumyn and Thomson resided. The appellant testified that in Miami he pretended to go along with the conspiracy. He said that he did this solely to maintain some connection with Pocius who, by this time, had become involved with Jay Gonzalez.

The appellant flew back to Vancouver without Pocius. He later returned to Miami to again see Pocius and Gonzalez. He confronted them at a picnic, at which point Gonzalez drew a gun. The appellant did nothing further at that time but went back to Vancouver determined to regain the affections of Pocius. The appellant testified that he was obsessed with her. He gave evidence that he pretended to be a party to the conspiracy so that he could insist, as a condition of his involvement, that Pocius be returned to him.

Through his involvement in the conspiracy, the appellant learned that Gonzalez was bringing cocaine to Vancouver, something which he claimed he did not wish to occur. He therefore hired Santiez Tabbance, also known as Kuko, to intercept Gonzalez in Florida. Kuko failed in the attempt. However, Gonzalez stopped over in Atlanta for two days and while there called Zina Pocius a number of times. Upon being informed by Pocius that Gonzalez was in Atlanta, the appellant arranged for Kuko to try once again to intercept Gonzalez. On the second attempt at Atlanta Airport, Kuko succeeded. Gonzalez claimed to have been injured during the robbery, as a result of which he had difficulty speaking. Kuko was not apprehended and the cocaine disappeared.

aux fonctionnaires panaméens. D'après les communications interceptées, l'appelant avait en outre proposé que sa maîtresse, Zina Pocius, ait des rapports sexuels avec le procureur général du Panama si cela s'avérait nécessaire pour obtenir la libération de Barudin, quoique Chambers ait prétendu au procès qu'il ne faisait que blaguer.

Une fois mis en liberté, les détenus, Pocius et l'appelant se sont rendus à Miami. Il se dégage de la preuve que le complot de Barudin, Dumyn, Pocius et Gonzalez en vue d'importer de la cocaïne au Canada a été ourdi au Panama et qu'on en a discuté aussi à Miami. Le plan prévoyait le transport de la cocaïne de Miami à Vancouver où habitaient Barudin, Dumyn et Thomson. Selon le témoignage de l'appelant, à Miami il avait fait semblant d'acquiescer au complot. Il a dit l'avoir fait à seule fin de garder des liens avec Pocius qui, à ce moment-là, avait une liaison avec Jay Gonzalez.

L'appelant est revenu par avion à Vancouver sans Pocius. Par la suite, il est retourné à Miami pour revoir Pocius et Gonzalez. Quand il les a affrontés à un pique-nique, Gonzalez a sorti une arme à feu. L'appelant n'a rien fait d'autre à ce moment-là, mais il a regagné Vancouver résolu à reconquérir le cœur de Pocius. Il a témoigné qu'elle l'obsédait et qu'il a fait semblant de participer au complot afin de pouvoir exiger comme condition de cette participation que Pocius lui soit rendue.

Grâce à sa participation au complot, l'appelant a appris que Gonzalez allait importer de la cocaïne à Vancouver, ce que l'appelant ne voulait pas voir se produire, a-t-il prétendu. C'est pourquoi il a engagé Santiez Tabbance, alias Kuko, pour intercepter Gonzalez en Floride. Kuko a échoué dans cette tentative. Gonzalez a cependant fait une escale de deux jours à Atlanta et, de là, a appelé plusieurs fois Zina Pocius. Informé par cette dernière que Gonzalez se trouvait à Atlanta, l'appelant a fait en sorte que Kuko essaie de nouveau de l'intercepter. Cette seconde tentative de Kuko à l'aéroport d'Atlanta a réussi. Gonzalez a prétendu avoir été blessé au cours de la perpétration du vol, ce qui expliquait pourquoi il éprouvait de la difficulté à parler. Kuko n'a pas été appréhendé et la cocaïne a disparu.

Despite the fact that Gonzalez believed that Chambers was responsible for robbing him and for the assault upon him, he came to Canada to give evidence for the appellant. Gonzalez was given immunity from prosecution. During his cross-examination, Crown counsel suggested to Gonzalez that the only reason he had come to Canada to testify was for money which he either had been paid, was to be released from paying or would be paid in the future by the appellant. Gonzalez denied this suggestion.

The day following his testimony, the appellant drove Gonzalez to the American border. Gonzalez was searched and nearly \$10,000 was found secreted in his clothing. In cross-examination of the appellant, Crown counsel used this fact to again suggest that the appellant had paid for the testimony of Gonzalez. The appellant also denied this suggestion.

At the conclusion of some fifty days of trial, the jury retired around noon to consider their verdict. The following day at 6:30 p.m. they brought in their verdict finding Chambers guilty.

The Court of Appeal

The appeal came before a five-judge panel. Six issues were raised, five of which are before this Court. They are as follows:

- (1) Whether the trial judge erred in discharging, without a hearing, a juror who had become ill.
- (2) Whether the trial judge erred in permitting cross-examination pertaining to bribery and in failing to direct the jury as to the limited use they could make of such evidence.
- (3) Whether the trial judge erred in admitting evidence of alleged criminal or immoral activity on the part of Chambers when that activity was not related to the offence charged.

Malgré sa conviction que Chambers était à l'origine du vol et des voies de fait dont il avait été victime, Gonzalez est venu au Canada témoigner en sa faveur. On a accordé à Gonzalez l'immunité contre des poursuites. En le contre-interrogeant, le substitut du procureur général a dit à Gonzalez que s'il était venu au Canada témoigner c'était uniquement à cause d'argent qu'il avait reçu de l'appellant, qu'il serait dispensé de payer par l'appellant ou que l'appellant lui paierait à une date future. Gonzalez a nié cette assertion.

Le lendemain de sa déposition, Gonzalez a été conduit par l'appellant à la frontière américaine. Une fouille pratiquée sur Gonzalez a permis de découvrir presque 10 000 \$ cachés dans ses vêtements. Au cours du contre-interrogatoire de l'appellant, le substitut du procureur général s'est fondé sur ce fait pour affirmer encore une fois que l'appellant avait acheté le témoignage de Gonzalez, ce que l'appellant a nié lui aussi.

Au terme d'un procès qui a duré une cinquantaine de jours, le jury s'est retiré vers midi pour décider du verdict à rendre. Le lendemain, à 18 h 30, le jury a rendu contre Chambers un verdict de culpabilité.

La Cour d'appel

L'appel a été entendu par un banc de cinq juges. On a soulevé six questions, dont cinq ont été soumises à notre Cour. Il s'agit des questions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en libérant, sans audience, un juré tombé malade?
- (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant un contre-interrogatoire portant sur la subornation et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qu'il pouvait faire d'une telle preuve?
- (3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant une preuve d'actes criminels ou immoraux qu'aurait commis Chambers mais qui n'avaient aucun rapport avec l'infraction qui lui était imputée?

(4) Whether the trial judge erred in allowing Crown counsel to conduct the trial in an inflammatory manner and therefore deny the appellant a fair trial.

(5) Whether the trial judge erred in: (a) allowing Crown counsel to cross-examine Chambers as to why he did not make a statement to the authorities upon his arrest or tell any person in authority about his defence until the trial; and (b) in failing to direct the jury as to the very limited use which they could make of that evidence. This, it was said, violated the appellant's right to silence.

Hinkson J.A. on behalf of three members of the Court, Esson J.A. concurring in separate reasons, and Lambert J.A. dissenting in part, all agreed that the appeal as to the first four issues should be dismissed. I agree with the result reached by the Court of Appeal on these issues.

On the last issue, Hinkson J.A., for the majority, recognized that there is a right of an accused to remain silent, both at the investigative stage and at the trial. He acknowledged that counsel for the appellant had relied upon the statement of the trial judge that he would give a direction to the jury that they should not draw any inference from the fact that the appellant had not made a statement to anyone in authority before the trial. He conceded that the omission by the trial judge to give such a direction constituted non-direction amounting to misdirection. Nonetheless, he invoked s. 613(1)(b)(iii), now s. 686(1)(b)(iii), and concluded that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred as a result of the omission by the trial judge.

Esson J.A., in his concurring reasons, agreed that evidence that the accused had failed to reply after being cautioned by the police was not admissible unless there was some issue in the case to which the evidence was relevant. However, he was

(4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au substitut du procureur général de conduire le procès d'une façon incendiaire, privant ainsi l'appellant d'un procès équitable?

(5) Le juge du procès a-t-il commis une erreur: a) en permettant au substitut du procureur général de contre-interroger Chambers sur la raison pour laquelle il n'a pas fait de déclaration aux autorités lors de son arrestation ou a attendu au procès pour informer une personne en autorité du moyen de défense qu'il allait invoquer, et b) en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage très limité qu'il pouvait faire de cette preuve? Cette conduite, a-t-on allégué, a violé le droit de l'appellant de garder le silence.

Le juge Hinkson, s'exprimant au nom de trois membres de la cour, le juge Esson, dans des motifs concordants distincts, et le juge Lambert, dissident en partie, ont tous estimé que l'appel devait être rejeté quant aux quatre premières questions. Je souscris à la décision de la Cour d'appel sur ces questions.

En ce qui concerne la dernière question, le juge Hinkson, s'exprimant au nom de la majorité, a reconnu l'existence du droit d'un accusé de garder le silence, tant au stade de l'enquête qu'au procès. Il a convenu que l'avocat de l'appellant s'était fié à la déclaration du juge du procès qu'il dirait au jury de ne tirer aucune conclusion du fait qu'antérieurement au procès l'appellant n'avait pas fait de déclaration à une personne en autorité. Il a concédé que l'omission du juge du procès de donner des directives à ce sujet constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée. Se fondant néanmoins sur le sous-al. 613(1)(b)(iii), maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii), il a conclu que l'omission du juge du procès n'avait entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

Dans ses motifs concordants, le juge Esson a convenu que la preuve que l'accusé n'avait pas répondu après avoir reçu la mise en garde de la police n'était admissible que s'il y avait une question à laquelle cette preuve était pertinente. Il était

satisfied that the appellant was not prejudiced by the questions and answers which breached his right to silence.

Lambert J.A., in dissent, concluded that the questions posed breached the appellant's right to silence and that breach, coupled with the failure of the trial judge to give the promised direction to disregard these questions and answers, constituted such a serious error that s. 613(1)(b)(iii) could not be invoked. He would have directed a new trial. I think this conclusion should prevail.

Application of the Decision in *R. v. O'Brien*

Before dealing with the issues raised by the appellant, it is necessary to say something with regard to the Crown's submission that *R. v. O'Brien* was wrongly decided by this Court.

That case involved a charge of conspiracy to commit the indictable offence of kidnapping. The position of the Crown was that the two accused had entered into an agreement to commit a kidnapping. One of the accused alleged that he purported to enter the conspiracy but never intended to carry out the plan. The trial judge charged the jury that the mere agreement to commit the kidnapping was a sufficient basis upon which to found a conviction for conspiracy. This aspect of the charge was challenged by O'Brien. This Court, in a three to two decision, held that the trial judge was in error. The dissenting judges expressed the opinion that a mere mental reservation made at the time of agreeing to participate in a conspiracy was an insufficient basis upon which to acquit the accused. The majority, on the other hand, held in the words of Rand J., at p. 670, that:

... a conspiracy requires an actual intention in both parties at the moment of exchanging the words of agreement to participate in the act proposed; mere words purporting agreement without an assenting mind to the act proposed are not sufficient.

toutefois convaincu que l'appellant n'avait subi aucun préjudice résultant des questions et des réponses qui violaient son droit de garder le silence.

a

Le juge Lambert, dissident, a conclu que les questions posées portaient atteinte au droit de l'appellant de garder le silence et que cette atteinte, conjuguée à l'omission du juge du procès de donner la directive promise de ne pas tenir compte de ces questions et réponses, constituait une erreur tellement grave que le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne pouvait être invoqué. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès. C'est cette conclusion qui doit l'emporter, d'après moi.

c

L'application de l'arrêt *R. v. O'Brien*

a Avant d'aborder les questions soulevées par l'appellant, il faut dire un mot concernant l'argument du ministère public voulant que l'arrêt *R. v. O'Brien* de notre Cour soit erroné.

e Il s'agissait dans cette affaire d'une accusation d'avoir comploté de commettre l'acte criminel d'enlèvement. Le ministère public prétendait que les deux accusés s'étaient entendus pour commettre un enlèvement. L'un des accusés alléguait avoir fait semblant de se joindre au complot, sans avoir jamais eu l'intention d'exécuter le plan. Le juge du procès a dit au jury que le seul fait de s'entendre pour commettre l'enlèvement constituait un motif suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité de complot. Cet aspect de l'exposé du juge a été contesté par O'Brien. Notre Cour, par une majorité de trois contre deux, a statué que le juge du procès avait commis une erreur. Quant aux juges dissidents, ils se sont dits d'avis qu'une simple réserve mentale faite au moment d'accepter de participer à un complot ne constituait pas un motif suffisant pour acquitter l'accusé. La majorité, par contre, a dit, par l'intermédiaire du juge Rand, à la p. 670:

j [TRADUCTION] ... pour qu'il y ait complot, il doit y avoir une intention réelle de la part des deux participants au moment où ils s'entendent pour participer à l'acte projeté; de simples paroles emportant apparemment acquiescement à l'acte projeté, sans aucune intention de le commettre, ne suffisent pas.

The Crown suggested that this Court should reconsider its decision in *O'Brien* with a view to overturning the doctrine of "double intent". It would not be appropriate to undertake such a review in this case. For some five years prior to the second trial, as a result of other proceedings, the Crown was aware that the appellant would be relying upon the principle of double intent and that this would be the defence to the charge. The Crown did not at any time prior to the trial indicate that it might eventually challenge the correctness of the decision. The defence put forward was based entirely upon the position set forth by the majority in *O'Brien*. At trial the Crown conceded that if the appellant raised a reasonable doubt based on this defence, then he should be acquitted. Similarly, the Crown did not indicate in the Court of Appeal that it would be challenging the decision. Indeed the first time the Crown raised the issue as to the correctness of the decision, was after it had received the appellant's factum. In view of the position taken by the Crown throughout the proceedings, it would be unfair to the appellant to permit the Crown to challenge the *O'Brien* decision at this late date. This is not to say that the Crown must in every instance give notice to the accused prior to trial that it will be challenging the correctness of a decision of this Court. However, in the circumstances of this case the raising of such an argument at this time is unfair to the appellant.

The Discharge of the Juror

One morning, some six weeks into the trial, the trial judge was advised by the Sheriff's officer that one of the jurors, a Mr. Bishop, felt ill and before court commenced had left to see his doctor. When the court opened, the trial judge advised everyone, including the other members of the jury, of the situation. The court then adjourned to await the report from the doctor. Later that morning, court was reconvened. At that time, the trial judge stated that he had received a telephone call from Mr. Bishop's doctor who advised him that Mr. Bishop would not be available "for at least a week and perhaps longer". The judge then said that he was satisfied that Mr. Bishop should be discharged

Le ministère public a dit que notre Cour devrait réexaminer son arrêt *O'Brien* en vue d'écarter la théorie de la «double intention». Or, il ne convient pas d'entreprendre ce réexamen en l'espèce. En effet, par suite d'autres instances, le ministère public savait environ cinq ans avant le deuxième procès que l'appelant allait invoquer le principe de la double intention et que ce serait là le moyen de défense qu'il opposerait à l'accusation. Le ministère public n'a jamais indiqué antérieurement au procès qu'il pourrait éventuellement contester le bien-fondé de l'arrêt en question. Le moyen de défense avancé reposait entièrement sur la position énoncée par la Cour à la majorité dans l'affaire *O'Brien*. Au procès, le ministère public a concédé que si l'appelant faisait naître un doute raisonnable grâce à ce moyen de défense, il devrait être acquitté. De même, le ministère public n'a pas manifesté en Cour d'appel l'intention de contester l'arrêt. En fait, le ministère public n'a soulevé la question de son bien-fondé qu'après réception du mémoire de l'appelant. Compte tenu de la position adoptée par le ministère public tout au cours de l'instance, il serait injuste envers l'appelant de permettre au ministère public de contester l'arrêt *O'Brien* aussi tardivement. Cela ne veut toutefois pas dire que le ministère public est tenu dans tous les cas d'aviser l'accusé antérieurement au procès qu'il contestera le bien-fondé d'un de nos arrêts. Dans les circonstances de la présente affaire cependant, il est injuste envers l'appelant d'invoquer un tel argument à ce stade-ci.

La libération du juré

Un matin, environ six semaines après le début du procès, l'officier du shérif a fait savoir au juge que l'un des jurés, un nommé Bishop, se sentait mal et était parti voir son médecin avant que la cour ne soit en séance. À l'ouverture de la cour, le juge du procès a mis tout le monde, y compris les autres jurés, au courant de la situation. La séance a alors été suspendue en attendant le rapport du médecin. Plus tard dans le courant de la matinée, la séance a repris. Le juge du procès a dit à ce moment-là avoir reçu un coup de téléphone du médecin de M. Bishop, qui lui a appris que ce dernier ne serait pas disponible [TRADUCTION] pendant au moins une semaine et peut-être davan-

pursuant to s. 573(1) (now s. 644(1)) of the *Criminal Code*. The judge went on to advise that the doctor would be providing written confirmation as to Mr. Bishop's condition. Neither counsel took any objection to this procedure nor did they make any submissions with regard to the decision.

The appellant contends that the trial judge ought to have held an inquiry in the presence of the accused to determine whether or not the juror should be discharged.

Section 577 (now s. 650) of the *Criminal Code* provides that an accused must be present throughout his trial. This right is fundamental to the criminal trial process. Section 573(1) permits a judge to discharge a juror because of illness or for other reasonable grounds. That section reads as follows:

573. (1) Where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act, the judge may discharge the juror.

It has been held by this Court that an accused should not be lightly deprived of the right to be tried by a jury of twelve persons. See *Basarabas v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730, per Dickson J., as he then was, at p. 741. Further, the right of the accused to be present throughout the trial is of great importance. Martin J.A. in *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, recognized that this fundamental right was based upon two precepts. First, an accused has the right to hear the entire case made out against him so that full answer and defence can be made. Second, the concepts of fairness and openness are values fundamental to the criminal justice system. The presence of the accused is required at all stages of the trial to afford him or her an opportunity of acquiring first-hand knowledge of all the proceedings. It would thus seem that the accused should be present when the decision is made to discharge a juror for reasons of health. Yet, although that may be the preferable procedure, it is not absolute.

tage». Le juge a indiqué ensuite qu'il était convaincu que M. Bishop devait être libéré conformément au par. 573(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 644(1)). Le médecin, a ajouté le juge, confirmerait par écrit l'état de M. Bishop. Ni l'un ni l'autre avocat ne s'est opposé à cette façon de procéder ni n'a présenté d'observations concernant la décision du juge.

L'appelant soutient que le juge du procès aurait dû tenir en sa présence une enquête visant à déterminer s'il y avait lieu de libérer le juré.

L'article 577 du *Code criminel*, maintenant l'art. 650, dispose que l'accusé doit être présent pendant toute la durée de son procès. C'est là un droit fondamental en matière de procès criminel. Le paragraphe 573(1) autorise un juge à libérer un juré pour cause de maladie ou pour d'autres motifs raisonnables. Ce paragraphe est ainsi conçu:

573. (1) Lorsque, au cours d'un procès, le juge est convaincu qu'un juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger, il peut le libérer.

Notre Cour a déjà statué qu'un accusé ne doit pas être privé à la légère du droit d'être jugé par un jury de douze personnes. Voir l'arrêt *Basarabas c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730, motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 741. En outre, le droit de l'accusé d'être présent pendant tout son procès revêt une grande importance. Le juge Martin de la Cour d'appel a reconnu, dans l'arrêt *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, que ce droit fondamental repose sur deux préceptes. D'abord, un accusé a le droit d'entendre la totalité de la preuve produite contre lui de manière à pouvoir présenter une défense pleine et entière. Ensuite, les concepts de l'équité et de la transparence représentent des valeurs fondamentales dans le système de justice criminelle. La présence de l'accusé est requise à toutes les étapes du procès afin qu'il puisse apprendre de première main tout ce qui se passe au cours de l'instance. Il semblerait donc que l'accusé devrait être présent lorsque la décision est prise de libérer un juré pour des raisons de santé. Toutefois, bien qu'il puisse être préférable de procéder ainsi, ce n'est pas absolument nécessaire. Certaines

Some proceedings undertaken in the absence of the accused may be properly excused.

In the *Hertrich* case, Martin J.A. undertook a scholarly review of cases from American jurisdictions. He found that they drew a distinction between those situations where there were allegations of partiality on the part of the juror and those where a juror is discharged on account of hardship or illness. The weight of American authorities concluded that although the accused certainly had the right to be present during any inquiry as to the partiality of a juror, the presence of the accused was not required at hearings pertaining to the discharge of a juror on grounds of hardship or illness. Martin J.A. concluded that the same principle should be applicable in Canada. His review of the authorities and his conclusions on this point were cited with approval by Dickson C.J. in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, particularly at pp. 706-7.

In *Hertrich*, Martin J.A. noted that not every communication between the judge and the jury or juror which may occur during the course of the trial is in fact part of that trial. He cited, as an example, that an administrative decision made and announced by the judge in the absence of the accused that lunch or supper would be provided for members of the jury should not constitute a part of the trial. Martin J.A. put the position in these words at p. 529: "... during the course of the trial things may occur that, although in one sense part of the trial, cannot reasonably be considered to be a part of the trial for the purpose of the present principle, because they cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial, or the issue of guilt or innocence." These reasons were cited with approval in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2.

The appellant argued that the American practice of providing alternate jurors was the real basis for the American decisions. It was contended that since there were no alternate jurors in Canada, that the reasoning of the American authorities

procédures auxquelles on a recours en l'absence de l'accusé peuvent en effet être légitimement excusées.

Dans l'affaire *Hertrich*, le juge Martin fait un examen érudit de la jurisprudence américaine. Ces décisions, constate-t-il, font une distinction entre les situations où l'on taxe un juré de partialité et celles où un juré se fait libérer pour cause de difficultés particulières ou de maladie. La conclusion prépondérante dans la jurisprudence américaine est que l'accusé a certainement le droit d'assister à toute enquête sur la partialité d'un juré, mais que sa présence n'est pas nécessaire aux audiences relatives à la libération d'un juré pour cause de difficultés particulières ou de maladie. Le juge Martin conclut que le même principe devrait s'appliquer au Canada. Sa revue de la jurisprudence et ses conclusions sur ce point sont citées et approuvées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, spécialement aux pp. 706 et 707.

Dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Martin souligne que ce ne sont pas toutes les communications pouvant avoir lieu entre le juge et le jury ou un juré au cours du procès qui font effectivement partie de ce procès. Il mentionne, à titre d'exemple, que lorsque le juge décide et annonce en l'absence de l'accusé que le dîner ou le souper sera servi aux membres du jury, cette décision administrative ne devrait pas constituer une partie du procès. Le juge Martin explique la situation dans les termes suivants, à la p. 529: [TRADUCTION] «... au cours du procès certains événements peuvent se produire qui, quoique en un sens ils fassent partie du procès, ne peuvent raisonnablement être considérés comme en faisant partie pour les fins du présent principe, parce qu'on ne peut raisonnablement considérer qu'ils ont un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.» Ces raisons sont citées et approuvées dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2.

L'appellant a soutenu que le véritable fondement des décisions américaines était la pratique, suivie aux États-Unis, de pourvoir des jurés suppléants. Il a fait valoir que, comme il n'existe pas de jurés suppléants au Canada, le raisonnement adopté

should not be applied to our country. I cannot accept that argument. It is not the presence or absence of alternate jurors that is basic to the American cases. Rather, what is fundamental is the conclusion that excusing a juror for reasons of illness or hardship cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial or the guilt or innocence of the accused which is fundamental. It is that principle which is as applicable to Canada as it is to the United States.

In summary, the accused does not have an absolute right to be present at a hearing considering the dismissal of a juror for reasons of health. However, due to the importance of the step, it would be preferable for the trial judge to advise counsel in court and in the presence of the accused of the nature of the health or hardship problem and to invite counsel to make submissions if they wished to do so. The process need not necessarily take on all the trappings of a formal hearing with witnesses required to give evidence under oath on the issue. This could result in unwarranted delays and the infliction of unnecessary hardship on jurors, their families and medical advisors. Rather, an explanation of the problem by the judge with an opportunity given to counsel to make submissions may often suffice. Such a procedure would serve to emphasize the importance of the decision and ensure that careful consideration was given to it.

In this case neither the report of the Sheriff's officer nor the call from Mr. Bishop's doctor to the trial judge constituted a part of the trial which required the presence of the accused. They had nothing to do with establishing the guilt or innocence of the accused, nor did they have a bearing on the substantive conduct of the trial. Further, the transcript discloses that neither Crown counsel nor the experienced counsel acting for the appellant expressed any interest in the trial judge's conducting a hearing with regard to the discharge of Mr. Bishop. Nor did they seek to make any representations with regard to the issue, although

dans la jurisprudence américaine ne devrait pas s'appliquer chez nous. Je ne puis accepter cet argument. Ce n'est ni sur la présence ni sur l'absence de jurés suppléants que reposent les décisions américaines. Ce qui est fondamental est plutôt la conclusion que la libération d'un juré pour cause de maladie ou de difficultés particulières ne peut raisonnablement être considérée comme influant sur la conduite du procès en soi ou sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. C'est là un principe qui s'applique tout autant au Canada qu'aux États-Unis.

En résumé, l'accusé ne jouit pas d'un droit absolu d'être présent à une audience tenue pour examiner s'il y a lieu de libérer un juré pour des raisons de santé. Toutefois, vu l'importance d'une telle mesure, il vaudrait mieux que le juge du procès informe les avocats, en cour et en présence de l'accusé, de la nature du problème de santé ou des difficultés particulières et qu'il les invite à présenter des observations s'ils le désirent. Il n'est pas nécessaire que ce processus comporte toutes les formalités d'une audience en règle où des témoins sont tenus de déposer sous serment relativement à la question, car cela pourrait entraîner des retards injustifiés et causer inutilement des difficultés aux jurés, à leurs familles et à leurs conseillers médicaux. Au contraire, il peut suffire dans bien des cas que le juge explique le problème et qu'il donne aux avocats la possibilité de présenter des observations. Un tel procédé permettrait de souligner l'importance de la décision tout en garantissant qu'elle ne soit prise qu'au terme d'un examen consciencieux.

En l'espèce, ni le rapport de l'officier du shérif ni l'appel téléphonique du médecin de M. Bishop au juge du procès ne constituait une partie du procès nécessitant la présence de l'accusé. Ils n'avaient rien à voir avec l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, pas plus qu'ils n'influaient sur la conduite du procès en soi. De plus, il ressort de la transcription que ni le substitut du procureur général ni l'avocat d'expérience qui agissait pour le compte de l'appelant ne s'est dit intéressé à ce que le juge du procès tienne une audience relativement à la libération de M. Bishop. Ils n'ont pas demandé non plus à présenter

they had an opportunity to do so. Although this is not determinative of the question, it is a factor which can be taken into account.

It follows that in all the circumstances the failure to hold a formal hearing with regard to the discharge was not fundamental to the conduct of the trial and this ground of appeal cannot be accepted.

Allegations of Bribery

The appellant takes the position that Crown counsel improperly cross-examined the appellant and Gonzalez as to whether Chambers had bribed Gonzalez in order to obtain his favourable testimony. The appellant contends that Crown counsel had no basis for such a cross-examination and, as a result, that it was improper. He argued that the trial judge ought to have prohibited it or at least charged the jury as to the impropriety of the Crown's conducting such a cross-examination.

This contention should not be accepted. There was a sound basis for the Crown's pursuing this line of cross-examination. It will be remembered that the position of the appellant was that, although he appeared to agree to the conspiracy and his words and actions indicated his active participation to the co-conspirators, he never intended to participate in the scheme. This approach put the appellant's credibility in issue.

It must be borne in mind that Gonzalez had been attacked, had suffered a serious injury to his mouth and had been robbed of a quantity of cocaine at the Atlanta Airport. Gonzalez stated that he suspected that Chambers was responsible for this attack and robbery. He also knew of Chambers' obsession with Pocius. Yet, despite all of this, he still came to Vancouver to testify on Chambers' behalf. The day after he testified, Gonzalez was then driven to the border by the appellant. Almost \$10,000 was found hidden on Gonzalez's person. The circumstances are bizarre. Gonzalez's desire to assist the appellant seems, in the circumstances, somewhat incredible. In light of

des observations sur cette question, quoiqu'ils aient eu la possibilité de le faire. Bien que cela ne soit pas déterminant, c'est un facteur qui peut être pris en considération.

^a Il s'ensuit, dans les circonstances, que l'omission de tenir une audience en règle relativement à la libération du juré ne revêtait pas une importance fondamentale pour la conduite du procès et ce moyen d'appel ne saurait être retenu.

Les allégations de subornation

Selon l'appellant, le substitut du procureur général a agi irrégulièrement en demandant à l'appellant et à Gonzalez, au cours de leur contre-interrogatoire, si Chambers avait suborné Gonzalez afin qu'il témoigne en sa faveur. L'appellant prétend que le substitut du procureur général n'était aucunement justifié de procéder à de tels contre-interrogatoires et qu'ils étaient en conséquence entachés d'irrégularité. Le juge du procès, a-t-il soutenu, aurait dû les interdire ou, à tout le moins, donner au jury des directives concernant l'inopportunité pour le ministère public de procéder à ces contre-interrogatoires.

Cet argument ne doit pas être retenu. Le ministère public avait des motifs valables de procéder à ce genre de contre-interrogatoire. Rappelons que, d'après l'appellant, bien qu'il ait paru acquiescer au complot et que ses paroles et ses gestes aient été de nature à faire croire aux coconspirateurs à sa participation active, il n'a jamais eu l'intention d'y participer. C'est là un argument qui mettait en cause la crédibilité de l'appellant.

Il ne faut pas oublier que Gonzalez avait été attaqué, gravement blessé à la bouche et délesté d'une quantité de cocaïne à l'aéroport d'Atlanta. Celui-ci a dit soupçonner que Chambers était à l'origine de l'agression et du vol. De plus, il le savait obsédé par Pocius. Pourtant, en dépit de tout cela, il est allé à Vancouver témoigner en faveur de Chambers. Le lendemain de sa déposition, l'appellant l'a conduit à la frontière. On a trouvé caché sur Gonzalez presque 10 000 \$. Les faits sont bizarres. Le désir de Gonzalez d'aider l'appellant semble dans les circonstances plutôt invraisemblable. Compte tenu de cette situation, il était certainement raisonnable que le ministère

that background, it was certainly reasonable for the Crown to infer that bribery might be involved and it was thus proper to cross-examine Gonzalez and Chambers in this regard.

The credibility of Chambers and of Gonzalez was fundamentally important to the defence put forward by the appellant. It was quite proper to permit the Crown to proceed with the impugned cross-examination and for the jury to draw such inferences from the facts as they deemed appropriate. Further, the Crown stated to the members of the jury in his closing address in a manner, perhaps unduly favourable to the defence, that pursuant to the collateral evidence rule he had no alternative but to accept the answers given by the witnesses and could not seek to prove them false. This remark, erroneous though it may have been, certainly must have reduced any impact the cross-examination may have achieved. This ground of appeal thus cannot be accepted. I will refer later to the necessity of giving directions to the jury on this issue under the heading evidence of bad character.

Alleged Inflammatory Conduct of the Case by Crown Counsel

(a) Crown Only Calls Witnesses of Truth

In his address to the jury, Crown counsel stated that the Crown only calls witnesses that, in the opinion of Crown counsel, can be relied upon to give truthful testimony. Further, he said that while the Crown can only call truth tellers, it is different for the defence.

The majority reasons in the Court of Appeal properly referred to this unfortunate remark as an "unfounded claim" and a "nonsensical assertion". There can be no doubt that it was improper for Crown counsel to express a personal opinion as to the veracity of the witnesses. It would have been preferable if the trial judge had so advised the jury. Yet, perfection in a charge can neither be expected nor required. In any event, the trial judge did instruct the jury that it was their exclusive

public infère qu'il ait pu y avoir subornation et, cela étant, Gonzalez et Chambers pouvaient légitimement être contre-interrogés à ce sujet.

^a La crédibilité de Chambers et de Gonzalez revêtait une importance capitale pour le moyen de défense avancé par l'appelant. Il était donc tout à fait légitime de permettre au ministère public de ^b procéder au contre-interrogatoire attaqué et le jury pouvait tout aussi légitimement tirer des faits les conclusions qu'il jugeait appropriées. Qui plus est, le substitut du procureur général a dit aux jurés dans son exposé final, peut-être dans des termes ^c indûment favorables à la défense, qu'en raison de la règle de la preuve incidente il ne pouvait faire autrement qu'accepter les réponses des témoins et ne pouvait essayer d'en prouver la fausseté. Cette ^d observation, pour erronée qu'elle ait pu être, a certainement dû atténuer tout effet qu'a pu avoir le contre-interrogatoire. Ce moyen d'appel ne saurait donc être retenu. Quant à la nécessité de ^e donner au jury des directives sur cette question, j'en traiterai ultérieurement sous la rubrique de la preuve de mauvaise moralité.

^f L'allégation selon laquelle le substitut du procureur général a mené l'affaire d'une façon incendiaire

a) Le ministère public ne cite que des témoins véridiques

^g Dans son exposé au jury, le substitut du procureur général a affirmé que le ministère public ne cite que des témoins sur lesquels, de l'avis du substitut, on peut compter pour dire la vérité. Il a ajouté que si le ministère public ne peut citer que des témoins véridiques, il n'en va pas de même de ^h la défense.

ⁱ Cette malheureuse observation est à juste titre qualifiée dans les motifs de la majorité en Cour d'appel de [TRADUCTION] «déclaration sans fondement» et d'[TRADUCTION] «assertion dénuée de sens». Il ne fait aucun doute que le substitut du procureur général ne pouvait légitimement exprimer une opinion personnelle sur la véracité des ^j témoins. Il eût été préférable que le juge du procès en avise le jury. On ne doit cependant pas s'attendre à ce qu'un exposé au jury atteigne à la perfec-

province to make findings of fact and in the course of that function to assess the credibility of witnesses. This was sufficient to overcome the unfortunate statements of Crown counsel. This submission cannot be accepted.

(b) *Crown Counsel Indicated That He Did Not Believe the Testimony of the Appellant*

In cross-examination of the appellant, Crown counsel asked him whether his evidence was truthful. The appellant responded that it was. Crown counsel then said, "Let's move on. But don't think for a moment I accept that." This comment was clearly inappropriate and it was recognized as such by the Court of Appeal. Yet, it must be placed in context. The cross-examination continued for several days. The effect of this comment must have been diluted by the sheer volume of questions. Further, Crown counsel in his address advised the jury that his opinion should not be taken into account by them.

Nonetheless, the appellant argued that one remark of the trial judge stressed the significance of the opinions of counsel. At one point in his charge he stated:

Certainly I would think that you should give careful consideration to any opinions expressed by me or by counsel regarding the evidence, but you are quite entitled to disagree with our opinions or our recollections of the evidence.

The appellant's submission on this point places an unwarranted emphasis on one unfortunate comment by Crown counsel and a small portion of the charge taken out of context. There is nothing objectionable in these words of the trial judge. It cannot be forgotten that the trial judge carefully and properly instructed the jury that they were to make the findings of fact and in so doing to assess the credibility of the witnesses. The appellant's submission that these improprieties of the Crown counsel, coupled with the trial judge's failure to instruct the jury with regard to them, constitutes

tion ni exiger qu'il le fasse. De toute façon, le juge du procès a dit aux jurés qu'il leur appartenait exclusivement de tirer des conclusions de fait et, dans l'exercice de cette fonction, d'apprécier la crédibilité des témoins. Voilà qui suffisait pour neutraliser l'effet des déclarations malheureuses du substitut du procureur général. Cet argument ne saurait en conséquence être retenu.

b) *Le substitut du procureur général a indiqué qu'il n'ajoutait pas foi au témoignage de l'appellant*

En contre-interrogeant l'appellant, le substitut du procureur général lui a demandé s'il disait la vérité. L'appellant a répondu par l'affirmative. Le substitut du procureur général a alors dit [TRADUCTION] «Passons. Mais n'allez surtout pas croire que j'accepte cela.» Cette observation, nettement hors de propos, a été reconnue comme tel par la Cour d'appel. On doit toutefois la situer dans son contexte. Le contre-interrogatoire a duré plusieurs jours. L'effet de l'observation a donc dû être dilué simplement en raison du grand nombre des questions. De plus, le substitut du procureur général a indiqué aux jurés dans son exposé qu'ils ne devaient pas tenir compte de son opinion.

L'appellant a néanmoins fait valoir qu'une des observations du juge du procès souligne l'importance des opinions des avocats. Le juge dit en effet à un moment donné dans son exposé:

[TRADUCTION] Je crois certainement que vous devriez prendre sérieusement en considération les opinions exprimées par moi ou par les avocats relativement à la preuve, mais vous êtes parfaitement en droit de ne pas partager nos avis et de ne pas accepter notre souvenir de la preuve.

L'argument de l'appellant sur ce point insiste indûment sur une déclaration malheureuse du substitut du procureur général et sur une petite partie de l'exposé du juge au jury prise hors de son contexte. Il n'y a rien à redire à ces propos tenus par le juge du procès. On ne saurait oublier que ce dernier a pris soin, à juste titre, de dire aux jurés qu'il leur appartenait de tirer les conclusions de fait et, en ce faisant, d'apprécier la crédibilité des témoins. L'argument de l'appellant selon lequel ces irrégularités commises par le substitut du procureur général, ajoutées à l'omission du juge du

irreversible error cannot be accepted. In the circumstances of this case, it cannot be said that they amounted to a miscarriage of justice and it is appropriate to apply s. 613(1)(b)(iii).

Evidence of Bad Character

The appellant takes the position that the trial judge erred in failing to direct the jury with regard to the limited use that it could make of evidence of bad character. Specifically, it is argued that the trial judge ought to have instructed the jury that evidence of bad character could only be used in assessing credibility and not as a basis for determining that, because of the evidence of bad character, the appellant was a person likely to have committed the offence with which he was charged.

The evidence called by the Crown consisted in large part of intercepted conversations between the appellant and the co-conspirators. Those conversations indicated that Chambers used drugs himself; that he committed adultery; that he was quite prepared to bribe the Attorney General of Panama in order to obtain the release of prisoners in Panama; and that if the bribery failed he would encourage his mistress Pocius to seduce the Attorney General to obtain the release of Barudin and Gonzalez. There was as well the cross-examination of Gonzalez and Chambers which suggested that the appellant had bribed Gonzalez to testify. The appellant concedes that this evidence was admissible as going to credibility. I would add that it may also have been properly admitted as evidence going to the background of the conspiracy itself as well as going to the association and relationships which existed among the co-conspirators. Nonetheless, the question remains whether the trial judge erred in failing to charge the jury as to the restricted use that they could make of that evidence.

There can be no doubt that if evidence of an accused's bad character is admitted, it should as a general rule only be considered on the issue of the

procès de donner au jury des directives s'y rapportant, constitue une erreur donnant lieu à réformation, ne peut être retenu. Dans les circonstances qui se présentent en l'espèce, on ne saurait affirmer qu'une erreur judiciaire en a résulté et il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

La preuve de mauvaise moralité

L'appellant allègue que le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qu'il pouvait faire de la preuve de mauvaise moralité. Il soutient plus précisément que le juge du procès aurait dû dire au jury que la preuve de mauvaise moralité ne pouvait être utilisée qu'aux fins d'apprécier la crédibilité et non pour fonder une conclusion que l'appellant était une personne susceptible d'avoir commis l'infraction dont il était inculpé.

La preuve produite par le ministère public se composait en grande partie des conversations interceptées qui avaient eu lieu entre l'appellant et les coconspirateurs. Il s'en dégageait que Chambers consommait lui-même des stupéfiants, qu'il était adultère, qu'il était tout à fait prêt à soudoyer le procureur général du Panama afin d'obtenir la mise en liberté de détenus dans ce pays, et que si cette tentative de corruption échouait il allait encourager sa maîtresse Pocius à séduire le procureur général pour obtenir la libération de Barudin et de Gonzalez. En outre, il semblait ressortir des contre-interrogatoires de Gonzalez et de Chambers que ce dernier avait eu recours à la subornation afin d'amener Gonzalez à témoigner. L'appellant convient que cette preuve était admissible quant à la question de la crédibilité. J'ajouterais qu'il se peut qu'elle ait été légitimement admise à titre de preuve se rapportant aux détails du complot lui-même ainsi qu'à l'association des coconspirateurs et aux rapports existant entre eux. Reste néanmoins à déterminer si c'est à tort que le juge du procès a omis de donner aux jurés des directives quant à l'usage limité qu'ils pouvaient faire de cette preuve.

Il ne fait aucun doute que si une preuve de la mauvaise moralité d'un accusé est admise, elle ne doit en règle générale être prise en considération

accused's general credibility and not as a basis for determining guilt or innocence. It follows that a jury should be instructed that they cannot use the evidence of bad character in order to conclude that the accused is a bad person and therefore more likely to have committed the offence charged. See, for example, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.). In my view the trial judge ought to have given such instructions. However, in this case that failure does not constitute a reversible error.

It will be remembered that the appellant conceded that he appeared to be a member of the conspiracy. It would have appeared so to his co-conspirators or to a bystander listening to the conversations. Thus his position as an apparent conspirator was not in issue and the evidence of bad character could not go towards establishing his membership in the conspiracy. The evidence may have indicated that Chambers was not a pleasant person nor one likely to be put forward as an example of moral virtue. However, once Chambers conceded that he gave every outward appearance of entering into the conspiracy, then the evidence of bad character could not have been used to determine that issue.

The evidence thus could only have been used by the jury in considering the appellant's credibility. This was a permissible use of the evidence. It would certainly have been preferable if the jury had been instructed as to the limited use they could make of the evidence. However, in the particular circumstances of this case, namely that the appellant's credibility was the only issue at trial, no miscarriage of justice could have been occasioned by the failure to charge on this issue. Accordingly, this ground of appeal cannot be accepted.

The Right to Silence

As a result of the dissenting reasons given by Lambert J.A., this issue is raised by the appellant as of right.

The appellant submits that it was imperative in this case that the trial judge instruct the jury with

que relativement à la question de la crédibilité générale de l'accusé et non pas pour justifier une conclusion quant à la culpabilité ou à l'innocence. Il s'ensuit que le juge doit dire au jury qu'il ne peut se fonder sur la preuve de mauvaise moralité pour conclure que l'accusé est une mauvaise personne qui, en conséquence, est plus susceptible d'avoir commis l'infraction reprochée. Voir, par exemple, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.). À mon avis, le juge du procès aurait dû donner de telles directives. L'omission de le faire ne constitue toutefois pas en l'espèce une erreur donnant lieu à réformation.

Rappelons que l'appellant a reconnu qu'il paraissait associé au complot. C'est ce qu'auraient cru ses coconspirateurs ou quelqu'un qui écoutait leurs conversations. Sa situation de conspirateur apparent n'était donc pas en cause et la preuve de mauvaise moralité ne pouvait servir à établir sa participation au complot. Il a pu se dégager de la preuve que Chambers n'était pas une personne agréable ni vraisemblablement une personne qu'on présenterait comme un modèle de vertu. Toutefois, du moment que Chambers reconnaissait qu'il avait fait en sorte que l'on croie qu'il s'associait au complot, la preuve de mauvaise moralité ne pouvait être utilisée pour trancher cette question.

Par conséquent, le jury n'aurait pu se servir de cette preuve qu'aux fins de l'appréciation de la crédibilité de l'appellant. C'était là une utilisation permise de la preuve en question. Il eût certes été préférable qu'on donne au jury des directives sur l'usage limité qu'il pouvait en faire. Cependant, dans les circonstances particulières de la présente affaire, à savoir que la crédibilité de l'appellant constituait l'unique question en litige au procès, l'omission de donner des directives sur cette question n'a pu entraîner d'erreur judiciaire. Ce moyen d'appel ne peut en conséquence être retenu.

Le droit de garder le silence

Par suite des motifs de dissidence du juge Lambert de la Cour d'appel, cette question est soulevée par l'appellant de plein droit.

Selon l'appellant, il fallait absolument en l'espèce que le juge du procès donne au jury des directives

regard to the appellant's right to silence. This is the crucial issue in this case, particularly in light of the manner in which it arose during the trial.

During the course of his testimony the appellant gave evidence as to his arrangement with Kuko to rob Gonzalez of the cocaine before he flew to Vancouver. In response to a question, Chambers volunteered that he had never discussed his Kuko arrangements with anyone until several months before his second trial was to commence. Since the appellant had himself raised this issue, Crown counsel attempted to demonstrate that the evidence regarding Kuko was a recent concoction. He began his attack in this way:

Q. Let me be plain, Mr. Chambers. I'm suggesting to you that your defence is a contrived one, it's a lie. This didn't happen the way you've described it, and you've been fine-tuning a defence for the last six years and you came up with this Kuko idea, this Kuko idea at the last moment?

A. That's not so, Mr. DeBou.

Later in the trial Crown counsel continued the attack and asked the appellant why he had not made a statement when he was arrested.

Q. Mr. Chambers, if that's the case, why did you not tell the authorities as soon as you were arrested that it may look bad, but you have an explanation for why it looks so bad. Why didn't you?

A. Mr. DeBou, as a lawyer I would never talk to the authorities under any condition where they've laid conspiracy charges and arrested a whole bunch of people.

Still later, Crown counsel asked the appellant as to why he had not made statements to persons in authority before the trial.

concernant le droit de l'appellant de garder le silence. Voilà la question cruciale qui se pose ici, particulièrement compte tenu de la manière dont elle a été soulevée au procès.

^a Au cours de sa déposition, l'appellant a témoigné concernant l'arrangement pris entre lui et Kuko en vue de voler la cocaïne à Gonzalez avant qu'il ne prenne l'avion pour Vancouver. En réponse à une question, Chambers a affirmé spontanément qu'il n'avait jamais discuté avec qui que ce soit de ses arrangements avec Kuko, si ce n'est quelques mois avant le début de son deuxième procès. Comme l'appellant avait lui-même soulevé ce point, le substitut du procureur général a tenté de démontrer que le preuve relative à Kuko était une invention récente. Il a lancé son attaque de la manière suivante:

^d [TRADUCTION]

^e Q. Je serai franc avec vous, M. Chambers. Je vous dis que votre défense a été forgée de toutes pièces; c'est un mensonge. Cela ne s'est pas passé de la façon dont vous l'avez décrit et vous avez mis au point une défense pendant les six dernières années et cette histoire de Kuko, cette histoire de Kuko vous est venue à l'esprit au dernier moment?

^f R. Ce n'est pas vrai, M^e DeBou.

Plus tard au cours du procès, le substitut du procureur général est revenu à la charge et a demandé à l'appellant pourquoi il n'avait pas fait de déclaration lors de son arrestation.

[TRADUCTION]

^h Q. M. Chambers, si c'est le cas, pourquoi n'avez-vous pas dit aux autorités dès votre arrestation que les choses paraissaient mal, mais que vous pouviez en fournir une explication? Pourquoi ne l'avez-vous pas fait?

ⁱ R. DeBou, en tant qu'avocat je ne parlerais jamais aux autorités dans une situation où elles ont porté des accusations de complot et où elles ont arrêté tout un groupe de gens.

^j Encore plus tard, le substitut du procureur général a demandé à l'appellant pourquoi il n'avait pas fait de déclaration à des personnes en autorité avant le procès.

Q. Isn't this the first time, sir, in court, in these proceedings that you've actually told someone in authority your story about what happened?

MR. RUBIN: I think that's totally inaccurate. My friend knows the history of it. If you want to go through it with the jury out, I will, but this has been canvassed before in court. There was a severance application in court and all sorts of matters.

MR. DEBOU: My friend is quite wrong. This is an improper objection, I think, my lord.

MR. RUBIN: Maybe it should be done in the absence of the jury.

MR. DEBOU: He's interfering with cross-examination now. He's not referring to a statement of Martin Chambers. I'm asking specifically is this the first time that Martin Chambers—

THE COURT: That was the question. Whether or not Mr. Chambers—this was the first time Mr. Chambers has.

MR. RUBIN: But that's not a question.

THE COURT: That's the question that was asked.

MR. RUBIN: All right.

MR. DEBOU: Isn't that correct?

THE COURT: And I don't know if that was in error. I thought you objected to that. Do you say that was wrong?

MR. RUBIN: I'm objecting to the inference that this is the first time the explanation has been offered, but I'll leave the witness to answer. I'm sorry, I apologize.

MR. DEBOU:

Q. Mr. Chambers, isn't it the first time that you have told someone in authority the true story of what happened from your standpoint?

A. Yes.

Later, the following transpired:

Q. ... Mr. Chambers, when was it that you first raised this whole subject of Kuko with anyone? Maybe you don't understand that question? I'm referring to the subject of you arranging for Kuko to take down the drugs at the Atlanta airport. When was it that you first raised that topic with him?

[TRANSLATION]

Q. N'est-ce pas la première fois, Monsieur, ici devant la cour, dans le cadre de la présente instance, que vous racontez à quelqu'un en autorité votre version des événements?

a

M^e RUBIN: Je crois que cela est tout à fait inexact. Mon confrère connaît l'histoire. Si vous voulez la passer en revue en l'absence du jury, j'y consens, mais elle a déjà été discutée à fond en cour. La cour a entendu une demande de procès séparé et toutes sortes d'autres questions.

b

M^e DEBOU: Mon confrère a complètement tort. Je crois, votre seigneurie, qu'il s'agit d'une objection irrégulière.

c

M^e RUBIN: Peut-être que cela devrait se faire en l'absence du jury.

M^e DEBOU: Il s'immisce maintenant dans le contre-interrogatoire. Il ne se réfère pas à une déclaration de Martin Chambers. Je demande explicitement si c'est la première fois que Martin Chambers...

d

LA COUR: C'était là la question. Si M. Chambers—si c'est la première fois que M. Chambers a...

e

M^e RUBIN: Mais ce n'est pas une question.

LA COUR: C'est la question qui a été posée.

M^e RUBIN: Très bien.

f

M^e DEBOU: N'est-ce pas exact?

LA COUR: Et je ne sais pas si c'était là une erreur. Je croyais que c'était à cela que vous vous opposiez. Prétendez-vous que c'était erroné?

g

M^e RUBIN: Je conteste l'inférence que c'est la première fois que l'explication a été offerte, mais je laisse au témoin le soin de répondre. Je suis désolé, je m'excuse.

h

M^e DEBOU:

Q. M. Chambers, n'est-ce pas la première fois que vous avez raconté à une personne en autorité la vraie histoire de ce qui s'est passé d'après vous?

R. Oui.

i

Plus tard, les propos suivants ont été échangés:

Q. ... M. Chambers, c'est quand la première fois que vous avez mentionné à quelqu'un cette histoire de Kuko? Vous ne comprenez peut-être pas la question? Je fais allusion au fait que vous vous seriez arrangé pour que Kuko s'empare des stupéfiants à l'aéroport d'Atlanta. Quand est-ce que vous lui avez mentionné cela pour la première fois?

j

A. With my counsel.

Q. When, was the question, sir?

A. Prior to 19—prior to my trial in 1983. Probably at about the—I can't tell you exactly, but it would have been somewhere in relationship to the severance application I guess.

MR. DEBOU: But, again, is it fair to say that you didn't raise it with anyone in authority, police, crown counsel, up until this trial started here?

MR. RUBIN: I have an objection to that question, my lord. It can be dealt with later in the absence of the jury or now; it's up to your lordship when you want to deal with it. I have an objection. In the past I've tried not to interrupt my friend.

THE COURT: Does it have something to do with a definition of a person in authority?

MR. RUBIN: Well it's—I have an objection to it that has to be dealt with in the absence of the jury. I'm at your leisure whether we do it now or later.

THE COURT: The jury will be excused.

What follows is of great importance. When the jury retired, defence counsel objected strenuously for two hours to the line of questioning. The trial judge reserved ruling on the issue. The issue was raised again as the time approached for the appellant's counsel to re-examine him, a matter of considerable significance. Documentary evidence was available which demonstrated that five years earlier, on his severance application, Chambers had indicated that he would put forward the defence that although he had pretended to participate, he never had any intention of becoming a party to the conspiracy. It is not clear from the portions of the transcript made available to us whether the evidence pertaining to Kuko was made known to the Crown at the time of the severance application. From the transcript of counsel's submission, it does appear that the Crown was at least aware of the Kuko story in January before the trial began on February 6. It may have become apparent from the transcript of the evidence of Gonzalez taken on commission before he was granted immunity and testified at the trial. In any event, it was made clear to the Crown years before the commencement of the trial that Chambers would

R. À mon avocat.

Q. Je vous demande «quand?», Monsieur.

R. Avant 19—avant mon procès en 1983. Probablement vers le—Je ne puis vous le dire exactement, mais c'était relativement à la demande de procès séparé, je crois.

M^e DEBOU: Mais, encore une fois, est-il exact de dire que vous n'en avez pas parlé avec une personne en autorité, un policier ou un avocat du ministère public, avant le début du présent procès?

M^e RUBIN: Je m'oppose à cette question, votre seigneurie. On pourra l'aborder ultérieurement en l'absence du jury ou maintenant. C'est à vous de décider quand vous voulez l'aborder. Je soulève une objection. Jusqu'ici j'ai essayé de ne pas interrompre mon confrère.

LA COUR: L'objection se rapporte-t-elle à la définition d'une personne en autorité?

M^e RUBIN: Bien, elle—Il s'agit d'une objection qui doit être débattue en l'absence du jury. Libre à vous de décider si cela doit se faire immédiatement ou plus tard.

LA COUR: Que le jury se retire.

Ce qui a suivi revêt une importance capitale. Quand le jury s'est retiré, l'avocat de la défense s'est opposé énergiquement pendant deux heures au genre de questions posées. Le juge du procès a mis ce point en délibéré. Fait très important, la question a été soulevée de nouveau au moment où l'appelant devait être réinterrogé par son avocat. On disposait d'une preuve documentaire qui démontrait que cinq ans auparavant, dans le cadre de sa demande de procès séparé, Chambers avait indiqué qu'il alléguerait pour sa défense qu'il avait certes fait semblant de participer au complot, mais qu'il n'avait jamais eu l'intention de s'y associer. Il n'est pas certain à la lecture des parties de la transcription qui nous ont été présentées si la preuve relative à Kuko avait été communiquée au ministère public lors de la demande de procès séparé. D'après la transcription des plaidoiries de l'avocat, le ministère public paraît à tout le moins avoir été au courant de l'histoire de Kuko en janvier, avant le procès qui a débuté le 6 février. Cela a pu ressortir de la transcription du témoignage de Gonzalez recueilli par voie de commission rogatoire avant que l'immunité ne lui soit accordée et qu'il ne vienne témoigner au procès.

be putting forward his defence of double intent. Thus the defence could not be considered to have been recently concocted.

Eventually Crown counsel appeared to agree with the position taken by counsel for the appellant. Both counsel requested the trial judge to direct the jury to ignore completely the questions and answers given pertaining to the appellant's silence not only on the issue of guilt or innocence, but also with respect to the issue of the appellant's credibility. The trial judge undertook to give these directions. It was on this basis that defence counsel advised that he would not re-examine the appellant with respect to the issues arising from his right to silence. Although the trial judge confirmed that it was his responsibility to give these instructions to the jury, he neglected to do so. Neither counsel reminded him of his undertaking at the completion of the charge. Counsel must share with the trial judge the responsibility for the omission of this important direction. The remaining question is whether the omission constitutes a reversible error.

It is now well recognized that there is a right to silence which can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings. The basis of the right was enunciated by Lamer J., as he then was, in his dissenting reasons in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683, in these words:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-crimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise.

Quoi qu'il en soit, on a fait clairement savoir au ministère public plusieurs années avant le début du procès que Chambers invoquerait son moyen de défense fondé sur la double intention. Il s'ensuit que ce moyen de défense ne pouvait être considéré comme une invention récente.

Le substitut du procureur général a finalement paru se rallier au point de vue de l'avocat de l'appellant. Les deux avocats ont demandé au juge du procès de dire au jury de faire complètement abstraction des questions et des réponses relatives au silence de l'appellant, non seulement sur la question de la culpabilité ou de l'innocence mais également sur celle de la crédibilité de l'appellant. Le juge du procès s'est engagé à donner ces directives. C'est pour ce motif que l'avocat de la défense a dit qu'il ne réinterrogerait pas l'appellant sur les questions touchant son droit de garder le silence. Quoique le juge du procès ait confirmé qu'il lui incombait de donner ces directives au jury, il a négligé de le faire. Ni l'un ni l'autre avocat ne lui a rappelé son engagement à la fin de son exposé au jury. Les avocats doivent donc partager avec le juge du procès la responsabilité de l'omission de donner cette directive importante. Voilà qui nous amène à la question de savoir si cette omission constitue une erreur donnant lieu à réformation.

Il est maintenant généralement reconnu qu'un inculpé jouit d'un droit de garder le silence qu'il peut légitimement exercer aux stades d'enquête d'une instance. Le fondement de ce droit est énoncé par le juge Lamer (maintenant Juge en chef), dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 683:

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement.

The importance of the principle was emphasized by Martin J.A. in *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right.

Further the right to silence has now been recognized as a basic tenet of our legal system and as such is a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a basic tenet of our law it falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), and particularly *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. It follows that an accused person has the right to remain silent at the investigation stage as well as at the trial.

It has as well been recognized that since there is a right to silence, it would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused clearly exercised his right and remained silent in the face of a question which suggested his guilt. In *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.), this very issue arose and the Court considered whether a police officer's accusation and the subsequent silence of an accused could be admitted in evidence. Dubin J.A., as he then was, dissenting in part, stated at p. 395:

In my opinion the purported resumé of the facts as stated by Inspector Lyle, coupled with the response of "nothing", after being cautioned, was so highly prejudicial that I am not satisfied that the learned trial Judge's instructions to the jury could erase the prejudicial effect which that evidence would have on the jury. I cannot help but feel that most juries would assume that an innocent man would be prompted to deny any false accusations against him, and his failure to do so would tend to prove belief in the truth of the accusations.

He continued later at p. 400:

In the absence of any issue raised by the defence, the mere silence of an accused during police interrogation cannot be said to advance the case for the Crown. It

L'importance de ce principe a été soulignée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit.

De plus, le droit de garder le silence est maintenant reconnu comme un principe fondamental de notre système juridique et il bénéficie à ce titre de la protection de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que principe fondamental de notre droit, il relève de l'art. 7 de la *Charte*. Voir *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), et particulièrement l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Il s'ensuit qu'un inculpé a le droit de garder le silence aussi bien au stade de l'enquête qu'au procès.

Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence face à une question tendant à établir sa culpabilité. Dans l'affaire *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.), on a soulevé précisément cette question et la cour a examiné si l'accusation portée par un policier et le silence subséquent de l'accusé pouvaient être admis en preuve. Le juge Dubin (alors juge de la Cour d'appel), dissident en partie, affirme, à la p. 395:

[TRADUCTION] À mon avis, le prétendu résumé des faits exposés par l'inspecteur Lyle, combiné avec la réponse «rien» donnée à la suite de la mise en garde, était à ce point préjudiciable que je ne suis pas convaincu que l'exposé du juge du procès au jury pouvait neutraliser l'effet préjudiciable de ces éléments de preuve sur le jury. Je ne puis m'empêcher de croire que la plupart des jurys supposeraient qu'un homme innocent serait porté à nier toute fausse accusation portée contre lui, et son omission de le faire tendrait à confirmer la croyance à la véracité des accusations.

Il poursuit, à la p. 400:

[TRADUCTION] En l'absence d'une question soulevée par la défense, le seul silence d'un accusé au cours d'un interrogatoire policier ne saurait être considéré comme

cannot be a step on the way to the proof of the accused's guilt. It, therefore, becomes, in my opinion, irrelevant to any issue at trial. To prove as part of the Crown's case the fact that the accused has exercised his common law right to remain silent would constitute silence a trap if his silence is placed in evidence against him at his trial.

Martin J.A., writing for the majority, agreed that such questions and answers could only be admitted if they were relevant to an issue in the case. However, he disagreed with Dubin J.A. as to whether the statements were relevant in that case. He wrote at p. 420:

Indeed, the learned trial Judge was disposed to rule out that evidence in this case as having no probative value, but for the fact that he ruled that the subsequent statements made by the accused after the caution were admissible as having been made voluntarily. He considered that in such circumstances it was relevant to show that the accused, prior to making those statements, had been cautioned. I agree with the conclusion which he reached.

It was also of great importance to Martin J.A. that the trial judge in that case had, immediately after he admitted the statement and again in his charge, instructed the jury in the clearest of terms that the fact that the accused had remained silent did not lend itself to any adverse inference and could not be used as an inference against him. It was because of the relevance of the statements and the clear warnings given on two occasions by the trial judge that Martin J.A. admitted the statement.

Martin J.A. restated his position in *R. v. Symonds, supra*. In that case the Crown led evidence that the accused had refused to say anything to the police after he had been cautioned. Later, during the cross-examination of the accused, the Crown repeatedly asked him why he had not offered his innocent explanation of the events to the police prior to the trial. The trial judge did not instruct the jury that they should not draw any adverse inference from this evidence. At issue was whether the admission of the evidence and the

favorisant la thèse du ministère public. Cela ne peut constituer un pas vers l'établissement de la culpabilité de l'accusé. Le silence n'a alors aucune pertinence, selon moi, relativement à une question en litige, quelle qu'elle soit. Si le ministère public prouvait notamment que l'accusé a exercé le droit de garder le silence que lui reconnaît la common law, le silence deviendrait un piège du moment qu'il serait produit en preuve contre lui à son procès.

Le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour à la majorité, a convenu que de telles questions et réponses ne pourraient être admises en preuve que si elles se rapportaient à une question en litige. Il n'a toutefois pas partagé l'avis du juge Dubin quant à la pertinence des déclarations dans cette affaire. Il écrit, à la p. 420:

[TRADUCTION] En fait, le juge du procès était disposé à exclure ces éléments de preuve en l'espèce pour le motif qu'ils étaient sans valeur probante, sauf qu'il avait déjà conclu que les déclarations faites par l'accusé après la mise en garde étaient admissibles en raison de leur caractère volontaire. Dans ces circonstances, a-t-il estimé, les éléments de preuve en question étaient pertinents aux fins de démontrer que l'accusé avait reçu une mise en garde avant de faire ces déclarations. Je souscris à cette conclusion.

Le juge Martin a également tenu pour très important le fait que le juge du procès dans cette affaire avait, immédiatement après avoir admis la déclaration en preuve et de nouveau dans son exposé, indiqué on ne peut plus clairement au jury qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne pouvait être tirée du fait qu'il avait gardé le silence. C'était en raison de la pertinence des déclarations et en raison des mises en garde non équivoques faites à deux reprises par le juge du procès que le juge Martin a admis la déclaration en preuve.

Le juge Martin énonce son point de vue encore une fois dans l'arrêt *R. v. Symonds*, précité. Il s'agit là d'une affaire dans laquelle le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que l'accusé avait refusé de parler à la police après avoir reçu une mise en garde. Plus tard, en contre-interrogeant l'accusé, le substitut du procureur général lui a demandé à maintes reprises pourquoi il n'avait pas donné à la police avant le procès son explication des événements qui faisait ressortir son innocence. Le juge du procès n'a pas dit au jury

failure of the trial judge to properly instruct the jury constituted a reversible error. At page 227 Martin J.A. wrote:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right. We think that in the absence of some issue arising in the case which makes the statement of an accused, following the giving of a caution, that he has nothing to say relevant to that issue, such evidence is inadmissible. In the present case there was no issue with respect to which the appellant's failure to reply was relevant and the evidence should not have been tendered: see *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

The court directed a new trial.

In my view, unless the Crown can establish a real relevance and a proper basis for their admission, neither the questions by the investigating officers nor evidence as to the ensuing silence of the accused should be admitted.

In the case at bar, the Crown agreed that the trial judge should have instructed the jury that they were to ignore both the questions and the answers. It can therefore be taken that there was no relevant basis for asking these questions. The questions were improper and the evidence inadmissible. The failure of the trial judge to so instruct the jury, pursuant to his undertaking, compounded the error and caused, I fear, irreparable damage to the defence.

Further, I am in agreement with the conclusion of Lambert J.A. that s. 613(1)(b)(iii) cannot be applied to rectify the situation. Without a direction from the trial judge, I would expect that the most reasonable and fair-minded juror might still draw an inference that the appellant should have said something regarding Kuko to persons in authority at the time of his arrest or at least well before trial. A juror could not be expected to understand that in the ordinary course of events neither the questions nor the answers pertaining to

qu'il ne devrait tirer de cet élément de preuve aucune conclusion défavorable. La question en litige était de savoir si l'admission de l'élément de preuve et l'omission du juge du procès de donner au jury des directives appropriées constituaient une erreur donnant lieu à réformation. À la page 227, le juge Martin écrit:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit. Nous croyons que cette preuve est inadmissible en l'absence, dans l'affaire, d'une question qui rende pertinente à celle-ci la déclaration d'un accusé qu'il n'a rien à dire suite à la mise en garde. En l'espèce, il n'y avait pas de question à laquelle était pertinente l'omission de répondre de l'appelant et la preuve n'aurait pas dû être présentée: voir *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

La cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

À mon avis, ni les questions posées par les agents enquêteurs ni la preuve quant au silence de l'accusé face à ces questions ne doivent être admises, à moins que le ministère public ne puisse établir une pertinence réelle et une justification légitime de leur admission.

En l'espèce, le ministère public a convenu que le juge du procès aurait dû dire aux jurés qu'ils ne devaient tenir compte ni des questions ni des réponses. On peut donc considérer qu'il n'y avait aucun motif pertinent de poser ces questions. Les questions étaient déplacées et la preuve inadmissible. L'omission du juge du procès de donner au jury des directives en ce sens, conformément à son engagement, a aggravé l'erreur et, je le crains, a causé à la défense un préjudice irréparable.

En outre, je souscris à la conclusion du juge Lambert de la Cour d'appel qu'on ne saurait recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii) pour corriger la situation. Je m'attendrais en effet à ce qu'en l'absence d'une directive du juge du procès, un juré, fût-il le plus raisonnable et le plus impartial, puisse quand même inférer que l'appelant aurait dû dire, lors de son arrestation ou du moins bien avant le procès, quelque chose au sujet de Kuko à des personnes en autorité. On ne pouvait s'attendre à ce qu'un juré comprenne que, dans le cours normal

situations where the right to silence applied should be admitted. In those circumstances it would be impossible for the Crown to establish, as it must, that despite the error the result must necessarily be the same. See *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

The circumstances of this trial aggravated the effect of the omission. Based upon the judge's undertaking to charge with regard to the subject, counsel for the defence did not re-examine. That re-examination in itself might have had a significant effect. It would have demonstrated that the appellant had disclosed his proposed defence some years before the trial. The absence of the re-examination, coupled with the failure to give the requisite instructions on the subject, could only have resulted in a significant injustice. The jury were deprived of the evidence that would establish that the so-called double intent defence to which the "Kuko" evidence related was not of recent concoction. As a result of the Crown's cross-examination, the jury could well have been left with the erroneous impression that Chambers was under a duty to disclose the Kuko story to a person in authority. The failure to disclose a defence of alibi in a timely manner may be considered in assessing the credibility of that defence but that is a unique situation. As a general rule there is no obligation resting upon an accused person to disclose either the defence which will be presented or the details of that defence before the Crown has completed its case. There was clearly no obligation resting upon the appellant to disclose either his defence of double intent or the Kuko story to the Crown or anyone in authority. The failure to correct such an impression by direction from the trial judge rendered the right to silence a snare of silence for the appellant. Without any direction to ignore these questions and answers, it is impossible to say that the verdict would necessarily have been the same.

Defence counsel failed to object to the omission. Such a failure to object can properly be taken into

des choses, ni les questions ni les réponses se rapportant à des situations dans lesquelles s'applique le droit de garder le silence ne devraient être admises en preuve. Dans ces circonstances, il serait impossible au ministère public de prouver, comme il doit le faire, qu'en dépit de l'erreur l'issue serait nécessairement la même. Voir *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

L'effet de l'omission a été aggravé par les circonstances de ce procès. Compte tenu de l'engagement du juge de donner des directives à ce sujet, l'avocat de la défense n'a pas procédé à un réinterrogatoire. Ce réinterrogatoire lui-même aurait pu avoir un effet important. Il aurait démontré que l'appelant avait révélé quelques années avant le procès le moyen de défense qu'il entendait invoquer. L'absence de réinterrogatoire, conjuguée à l'omission de donner les directives qui s'imposaient à cet égard, n'a pu qu'entraîner une grave injustice. Le jury a été privé d'éléments de preuve qui auraient établi que le moyen de défense dit de la double intention auquel se rapportait la preuve relative à «Kuko» n'était pas une invention récente. Par suite du contre-interrogatoire mené par le ministère public, le jury aurait bien pu croire, à tort, que Chambers était tenu de relater l'histoire de Kuko à une personne en autorité. L'omission de révéler en temps utile un moyen de défense d'alibi peut être prise en considération en appréciant la crédibilité de ce moyen de défense, mais c'est là un cas exceptionnel. En règle générale, l'accusé n'est pas tenu de divulguer le moyen de défense qu'il invoquera ni les détails de ce moyen de défense, avant que le ministère public n'ait terminé la présentation de sa preuve. L'appelant n'était manifestement pas tenu de révéler au ministère public ou à une personne en autorité son moyen de défense fondé sur la double intention ni l'histoire de Kuko. L'omission du juge du procès de donner des directives écartant toute impression contraire a fait du droit de garder le silence un piège pour l'appelant. Il est impossible de dire qu'en l'absence d'une directive de ne pas tenir compte de ces questions et réponses le verdict rendu aurait nécessairement été le même.

L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'omission. C'est là un facteur pouvant légitime-

account in assessing the gravity of the omission and the consequences that should be attached to it. However, such a failure can never be solely determinative of the issue, and should not be a bar to directing a new trial in a case such as this where a significant injustice has been occasioned. A new trial should be ordered in this case.

It is not without considerable regret that I reach this conclusion. The trial was lengthy. The conduct of the trial judge throughout the long case was exemplary. Much of the charge was beyond reproach. Nonetheless, the failure to charge on this issue in the circumstances of the case constituted a serious miscarriage of justice that requires the direction of a new trial.

Disposition

In the result, the appeal is allowed and a new trial ordered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory and, with respect, I cannot agree with his disposition of this appeal. While I fully agree with his reasons on the first four issues which he thoroughly canvassed, I find myself unable to concur with my colleague's analysis and disposition of the last ground of appeal raised, which concerns the accused's allegation that his right to silence was violated and that such violation cannot be cured by the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 686(1)(b)(iii)).

On that issue, I adopt the reasoning of Esson J.A. (now C.J.S.C.) in the Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 503. In the particular circumstances of this case, and in the context in which this matter arose, I agree that the accused was not unfairly prejudiced by the objectionable questioning and the absence of direction to the

ment être pris en considération aux fins d'apprécier la gravité de l'omission et de déterminer les conséquences qu'elle devrait entraîner. Cette seule omission ne peut toutefois jamais être déterminante et elle ne devrait pas venir empêcher que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée dans un cas comme celui-ci où une injustice grave a été causée. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce.

Ce n'est pas sans passablement de regret que j'arrive à cette conclusion. Le procès a été très long. Du début à la fin, la conduite du juge a été exemplaire. La majeure partie de son exposé au jury est irréprochable. Néanmoins, l'omission de donner des directives sur cette question constitue, dans les circonstances de la présente affaire, une erreur judiciaire grave qui nécessite une ordonnance de nouveau procès.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne saurais être d'accord avec la façon dont il propose de trancher ce pourvoi. Quoique je partage entièrement son opinion sur les quatre premières questions en litige qu'il a examinées à fond, je ne peux souscrire à l'analyse et à la conclusion de mon collègue relativement au dernier moyen d'appel qui a trait à l'allégation de l'accusé que son droit au silence a été violé et qu'il ne saurait être remédié à cette violation par application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le sous-al. 686(1)b)(iii)).

Sur cette question j'adopte les motifs du juge Esson (maintenant juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) en Cour d'appel (1989), 47 C.C.C. (3d) 503. En raison des circonstances particulières de l'espèce et du contexte dans lequel cette affaire a pris naissance, je suis d'accord pour dire que l'accusé n'a pas subi de préjudice indu par suite de l'interrogatoire irrégulier et de l'absence de directive au jury sur ce point

jury on this particular point. As Esson J.A. stated at p. 560:

The objectionable question, that as to why Chambers did not tell the authorities of the explanation as soon as he was arrested, was neatly placed in its proper context by Chamber's [*sic*] answer to the effect that as a lawyer he knew that it would be futile to talk to authorities who had just laid conspiracy charges and arrested him under those charges.

There were, on the following day, one or two further questions touching on the failure to say anything after arrest but Crown counsel shortly desisted from that line of inquiry. When the jury came to deliberate more than a month later, it may have seen some significance in Chamber's [*sic*] own evidence in direct that he had not told anyone this strange story until shortly before the second trial. That was a proper matter for their consideration. But it was in my view beyond the bounds of reasonable possibility that the jury attached significance to the questions relating to silence after arrest. Given the great length of time, and the mounds of evidence and argument which had been piled up between the time of the offending question and the judge's charge, it may well have been an act of charity to the accused to say nothing. The fact that defence counsel made no objection to the judge's failure to give the promised direction is an indication that, by that stage, it had ceased to be anything like a live issue in the eyes of anyone.

I am in respectful agreement with this position. As a result, I cannot conclude that there has been a substantial wrong or miscarriage of justice in the circumstances. This is therefore an appropriate case to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on this issue, as did the Court of Appeal.

Accordingly I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

particulier. Comme l'a exprimé le juge Esson, à la p. 560:

[TRADUCTION] La question irrégulière, soit pourquoi Chambers n'a pas fourni d'explication aux autorités dès qu'il a été arrêté, a été bien située dans son contexte propre par la réponse de Chambers selon laquelle, en tant qu'avocat, il savait qu'il serait futile de parler aux autorités qui venaient tout juste de déposer des accusations de complot et de l'arrêter en vertu de ces accusations.

Il y a eu, le lendemain, une ou deux autres questions concernant son silence après l'arrestation, mais le substitut du procureur général a rapidement mis fin à ce genre de questions. Lorsqu'il a délibéré plus d'un mois plus tard, le jury a pu attacher une certaine importance au témoignage de Chambers au cours de l'interrogatoire principal, suivant lequel il n'avait raconté cette étrange histoire à personne si ce n'est peu avant le second procès. C'était un point que le jury était en droit d'apprécier. Mais, à mon avis, il n'est pas raisonnablement possible que le jury ait attaché de l'importance aux questions relatives au silence après l'arrestation. Étant donné le très long intervalle écoulé et la montagne d'éléments de preuve et d'arguments qui se sont accumulés entre le moment de la question irrégulière et l'exposé du juge, cela peut bien être par charité envers l'accusé qu'il n'a rien dit. Le fait que l'avocat de la défense n'ait formulé aucune objection à l'omission du juge de donner la directive promise montre qu'à ce stade elle avait cessé d'être une question brûlante pour qui que ce soit.

En toute déférence, je suis d'accord avec cette position. Tout bien considéré, je ne puis conclure qu'un tort important a été causé ou qu'une erreur judiciaire grave a été commise dans ces circonstances. Il s'agit donc d'un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, comme l'a fait la Cour d'appel.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'appellant: Thomas R. Berger, Vancouver.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.