

CANADIAN INSTITUTE FOR THE ADMINISTRATION OF JUSTICE
INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

JUDICIAL SEMINAR ON CRIMINAL LAW
COLLOQUE JUDICIAIRE SUR LE DROIT CRIMINEL

LE PRIVILEGE DE NON-INCRIMINATION
ET LES ART. 11(c) ET 13 DE LA CHARTE

Me Jean-Claude Hébert

LE PRIVILEGE DE NON-INCRIMINATION
ET LES ART. 11(c) ET 13 DE LA CHARTE

INTRODUCTION

Il semble généralement admis de tous que le privilège de non-incrimination n'a subi aucune modification de substance avec l'entrée en vigueur des articles 11(c) et 13 de la Charte canadienne des droits et libertés.

L'article 11(c), qui stipule que "tout inculpé a le droit de ne pas témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche", ne fait qu'élever au rang de droit constitutionnel une protection qui existait déjà en droit canadien par le processus d'incorporation de la common law.

En somme, l'article 11(c) n'assure une protection au citoyen qu'en sa qualité d'accusé. L'arrêt Southam Inc. c. Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch et al, (1983) 2 C.R.R. 264, illustre cette proposition. Le juge Cavanagh de la Cour du Banc de la Reine d'Alberta a statué que, en matière de perquisition, l'article 11(c) de la Charte n'avait aucune pertinence, puisqu'il ne peut être revendiqué que par une personne inculpée. Or, au moment de la perquisition, il n'y avait point d'accusé. A la p. 268, le juge Cavanagh dit ceci:

"Furthermore, the plaintiff has not been charged with any offence and it would appear that reliance on that section is inappropriate."

Nous verrons, subséquentement, que le futur inculpé, ou l'accusé cité comme témoin dans un dossier connexe au sien, ne peut revendiquer le privilège de non-incrimination. Bref, l'état du droit n'a point changé sur cette question. C'est pourquoi le juge Roebuck de la Cour provinciale d'Ontario statua que le «refus de donner un échantillon d'haleine» ne contredit en rien l'article 11(c) de la Charte, puisqu'il s'agit là de l'actus reus d'une infraction et non pas un témoignage incriminant. Le sommaire de cet arrêt R. c. Stasiuk, (1983) 2 C.R.R. 8, rend bien la pensée du juge Roebuck:

4 The accused was charged with refusing to comply with a demand to provide a breath sample for a roadside screening device, contrary to s. 234.1 (en. 1974-75-76, c. 93, s. 15) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The alleged offence occurred prior to proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and at the accused's trial, subsequent to proclamation of the Charter, it was argued that s. 234.1 (and s. 235(2) making it an offence to refuse to provide a breathalyzer sample) violated Charter protections for an accused under s. 11(c) "not to be compelled to be a witness . . . in respect of the offence".

Held: the accused was rightly convicted.

Section 11(c) of the Charter embodies the traditional scope of the pre-existing privilege against self-incrimination, as it applies to an accused. That privilege, under s. 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, under the Fifth Amendment of the American Bill of Rights and under s. 11(c) of the Charter, is limited to protection against compulsion that is testimonial or communicative in nature as opposed to compulsion that seeks to obtain real or physical evidence. Where the accused complies with a demand for a breath sample, he is providing real or physical evidence. Where the accused refuses to comply with a demand, as here, his refusal is not incriminating testimonial evidence but is rather the *actus reus* of the offence itself. Further, the provisions of ss. 11(c) and 24(1) of the Charter are substantive in nature and cannot be applied retrospectively to an alleged violation of rights occurring prior to proclamation.

Quant à l'article 13 de la Charte, qui stipule que "chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures", sauf les cas de parjure et de témoignages contradictoires, la seule nouveauté apparente réside dans la protection de plein droit qu'elle assure au justiciable-témoin. L'article 5(2) L.P., on le sait bien, exigeait du témoin qu'il revendique la protection de la loi.

Nous entendons limiter nos observations à deux thèmes: les limites évidentes du privilège de non-incrimination; et, certaines modalités de son application, par l'analyse du concept "autres procédures" compris à l'article 13 de la Charte.

I. LIMITES DU PRIVILEGE DE NON-INCRIMINATION

Est-il possible pour la poursuite de court-circuiter l'aire d'application du privilège de non-incrimination? La pratique quotidienne du droit criminel nous oblige à répondre par l'affirmative. Cette opération s'effectue notamment par le recours aux commissions d'enquête et par le fractionnement du processus d'inculpation. Quelques mots à propos de l'une et l'autre méthodes suffiront.

A. RECOURS AUX COMMISSIONS D'ENQUETE

Une décision récente de la Cour supérieure du Québec met en relief la peau de chagrin du privilège de non-incrimination, en raison du processus des commissions d'enquête: R. c. Daigle, (1983) 32 C.R. (3d) 388.

L'accusé, policier à la G.R.C., se plaignait du fait qu'il avait été contraint de témoigner devant la Commission McDonald avant de subir son procès. De la sorte, disait-il, son droit à ne point s'auto-incriminer aurait été violé. Voici comment le juge Rothman dispose de l'argument, aux pp. 393-394:

In support of this proposition, he points to the tradition in England, where persons who are called to testify before commissions of inquiry are never prosecuted afterwards, and he quotes from the Report of the English Royal Commission on Tribunals of Inquiry, under Lord Salmon:

"The publicity however which such hearings usually attract is so wide and so overwhelming that it would be virtually impossible for any person against whom an adverse finding was made to obtain a fair trial afterwards."

It is difficult not to share some of Mr. Lamontagne's concern in this regard. He is certainly not the first to voice concern over the practice in Canada of laying criminal charges against persons who have previously been compelled to testify as to the same events before various commissions of inquiry, coroners' inquests and the like: see, for example, the very full discussion on this subject in Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), p. 352 et seq.

Whatever the merits of the English tradition in this respect, however, it has not been followed in Canada. Persons here have regularly been charged and brought to trial before the courts after having been compelled to testify publicly before such commissions, often after the hearings have received extensive publicity.

In Canada, unlike England, this has not been considered an abuse of process or an infringement of the right of an accused not to be compelled to incriminate himself: *Di Iorio v. Montreal Jail Warden*, [1978] 1 S.C.R. 152, 35 C.R.N.S. 57, 33 C.C.C. (2d) 289, 8 N.R. 361; *Orysiuk v. R.*, 1 C.R. (3d) 111, [1977] 6 W.W.R. 410, 37 C.C.C. (2d) 445, 6 A.R. 548 (Alta. C.A.).

The Charter has not, in my view, changed that situation.

There is certainly no right given in the Charter to persons who have appeared before commissions of inquiry to require that they not be charged or tried. While the Charter does enshrine the privilege against self-incrimination, that right existed prior to the Charter. *Di Iorio* and *Orysiuk* appear to me sufficient authority for the proposition that the right is not infringed by compelling an accused to testify before these commissions. There may be extreme cases where the publicity generated by a commission is so prejudicial that an impartial trial would be impossible at that time or in that place. This is not such an extreme case.

Il nous faut certes prendre bonne note de la réserve faite par le juge de la Cour supérieure à l'effet que, dans certains cas extrêmes, le battage publicitaire entourant une commission d'enquête peut être à ce point préjudiciable qu'un procès impartial soit impossible.

A notre avis, cette réserve se justifie davantage en raison de l'article 11(d), plutôt que l'article 11(c). C'est ainsi que dans l'affaire R. c. Vermette (no. 4), (1983) 1 C.C.C. (3d) 477, le juge Greenberg de la Cour supérieure du Québec en est venu à la conclusion que les commentaires du Premier Ministre québécois avaient été si largement publicisés que les droits fondamentaux de l'accusé prévus aux articles 7 et 11(d) de la Charte avaient été brimés irrémédiablement.

Dans l'affaire Re Michaud and Minister of Justice of N. Br et al., (1983) 3 C.C.C. (2d) 325, le juge Stevenson de la Cour du Banc de la Reine rappelle qu'une enquête du coroner n'est pas une procédure relative à une infraction. En l'espèce le citoyen Michaud avait été libéré, lors d'une enquête préliminaire, d'une inculpation de meurtre. Subséquemment, il fut assigné comme témoin lors d'une enquête du coroner. Il attaqua cette assignation. Même en assumant, sans toutefois le décider, que Michaud était un "inculpé" au sens de la Charte, le juge Stevenson a jugé que l'article 11(c) n'avait aucune pertinence. Voici l'extrait principal de son jugement, à la p. 327:

On July 23, 1982, an information was laid in the provincial court alleging Michaud had murdered his wife. On September 10th at the conclusion of a preliminary inquiry Judge Harper discharged Mr. Michaud because in his opinion no sufficient case had been made out to put Michaud on trial.

At the direction of the Minister of Justice the chief coroner has now convened an inquest into Mrs. Michaud's death. A summons to witness was duly issued and served on Mr. Michaud.

The applicant attacks the summons on the grounds that it infringes on his rights under s. 11(c) and (d) and s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("the Charter") and that it violates the rule that no man is obliged to criminate himself.

With respect to s. 11 of the Charter I note, first of all, that the legal rights enumerated in that section all follow the introductory words "Any person charged with an offence has the right . . .". The rights enumerated in s. 11 appertain not to all persons but only to those charged with offences. I do not find it necessary to determine whether Jean Marc Michaud falls within that category at the present time. For the purpose of dealing with the grounds based on s. 11 of the Charter I will assume, without deciding, that he is a person so charged.

Section 11(c) states that a person charged has the right not to be compelled to be a witness in *proceedings* against that person *in respect of the offence*. A coroner's inquest is not a proceeding in respect of an offence. The courts have repeatedly pointed out that at an inquest there is no *lis*, no accused and no charge. I reject counsel's argument that in this instance the inquest is being used as an instrument in the criminal process. . . ./6

B. FRACTIONNEMENT DU PROCESSUS D'INCULPATION

Traditionnellement, un accusé peut être contraint à témoigner contre ses complices, pour autant qu'il soit inculpé dans une dénonciation ou acte d'accusation distincts de ses compagnons d'infortune.

L'arrêt Crooks, (1983) 2 C.C.C. (3d) 57, établit que les articles 11(c) et 13 de la Charte n'ont aucunement altéré cette situation juridique. Le sommaire de l'arrêt rendu par le juge O'Driscoll de la Haute Cour de Justice d'Ontario nous dit pourquoi il en est ainsi:

Prior to the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a person alleged to be a party to the same offence as the accused but who was not being tried with the accused, was a compellable witness at the instance of the Crown on the accused's trial. Enactment of the Charter has not changed the witness's legal position. In particular, s. 11(c) of the Charter, while confirming the right of a person charged with an offence not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence, does not prevent the witness from being called on another accused's trial since this latter trial is not a proceeding against the witness nor a proceeding in respect of the offence with which the witness is charged. Further, the fact that both s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, and s. 13 of the Charter prohibit only the subsequent use of the incriminating evidence given by the witness but does not bar the use of derivative evidence obtained as a result of the witness's testimony does not require a broader interpretation of s. 11(c).

La Cour d'appel d'Ontario a entériné ce jugement comme suit:
(1983) 2 C.R.R. 124.

"We agree with the decision of Mr. Justice O'Driscoll and with his reason for dismissing the appellant's application to quash the subpoena directed to him. Accordingly, the appeal is dismissed."

La Cour d'appel de Colombie-Britannique a donné son aval au jugement du tribunal d'appel ontarien: R. c. Walters, (1983) 2 C.C.C. (3d) 512.

Il convient, toutefois, de souligner que la Cour Suprême du Canada a accueilli la permission d'appel à l'encontre du jugement de la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire Crooks.

Pour conclure sur le sujet, nous faisons nôtre les commentaires suivants du professeur Ratushny tirés de son article intitulé Emerging Issues in Relation to the Legal Rights of a Suspect, (1983) vol. 61 Rev. du B. Can. 177, pp. 188-189:

However, section 11(c) now enshrines in our Charter the right of non-compellability. If the courts were ultimately to change their focus from the status of the witness *qua* witness to the status of the witness *qua* potential accused, a different result could be achieved. In other words, it would be open to the Supreme Court of Canada to hold that the non-compellability provision in section 11(c) is so undermined by compellability at other hearings that "person charged with an offence" should be interpreted as including a "person likely to be charged" and that "proceedings against that person" should be interpreted as any proceedings which would be likely to prejudice his status as a potential accused in another forum by requiring him to testify as to the same subject matter.

There is no doubt that such an approach raises a number of problems. How would a court determine whether a person is "likely to be charged"? The most opportune time to deal with this question would likely be after the witness has been sworn and questioning has commenced. In other words, the challenge would not be to the compellability of the person as a witness but to a line of questioning which relates to a potential criminal charge the particular question, we would simply be back to the common law privilege, which is still operative in England today.

While such a rule suggests difficulties in its application, there appear to have been few practical problems in England. Moreover, if the testimony at the hearing in question is more important to the state than the potential criminal prosecution, immunity against prosecution may be granted and the testimony compelled. Such an extended interpretation of section 11(c) would not be inconsistent with section 13. The immunity which it gives to subsequent "use" of testimony could still operate where the witness makes no objection along the lines suggested above.

Of course, our courts are not likely to put such a strained interpretation upon section 11(c) without good reason. But an argument can be made that a parallel system of "non-criminal" proceedings at which an accused can be subjected to a compelled "fishing expedition" merely by delaying the laying of charges, makes a mockery of the right not to testify at the criminal trial.³³ If the courts are now to be responsible for the integrity of the legal rights enshrined in our Charter, they cannot neglect the anomalous results which may have been created by the conscious or unconscious design of the drafters.

II. LE CONCEPT "AUTRES PROCEDURES" DE L'ARTICLE 13

Le concept "autres procédures" nous semble suffisamment large pour comprendre toute forme de procédures judiciaire, quasi-judiciaire, et même administrative. Bref, dès qu'une personne rend témoignage sous serment dans une procédure quelconque, sa déposition devrait alors être couverte par l'article 13 de la Charte. Nous limiterons nos observations à deux types d'application du privilège de non-incrimination: les déclarations statutaires, et le cas du voir-dire en matière de confession.

A. DECLARATIONS STATUTAIRES

Elle sont nombreuses les dispositions, tant en droit fédéral qu'en droit provincial, qui contraignent un citoyen à faire une déposition assermentée. L'arrêt R. c. Staranchuk, (1983) 3 C.C.C. (3d) 138 est pertinent à notre propos.

En l'espèce, l'accusé subissait un procès relativement à certains chefs d'accusation prenant appui sur des dispositions de la Loi de faillite. Pendant l'instance, la poursuite voulu recourir à l'article 160 (1) l'autorisant à mettre en preuve tout document recueilli lors d'une procédure incidente à l'instance en faillite. Or, le failli est contraignable à déposer devant un fonctionnaire responsable, en ce sens qu'il commet une infraction s'il omet de témoigner sans excuse raisonnable. Dans la présente cause, l'accusé avait de fait témoigné dans le cadre d'une procédure préalable.

Le juge Grotzky de la Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan a d'abord constaté que le témoignage de l'accusé qu'on désirait mettre en preuve avait été recueilli à l'occasion d'une procédure judiciaire. Par conséquent, il déclara l'article 160(1) de la Loi de faillite inopposable à l'accusé en raison de l'article 13 de la Charte. A la p. 146, le juge Grotzky précise sa pensée:

I would like to also make this observation. In my view, a proceeding before the official receiver is a judicial proceeding. Indeed, under the *Bankruptcy Act* by s. 2, the word "court" is defined. Section 2 deals with an "assignment". It defines what an "assignment" is. Under s. 180 of the *Bankruptcy Act*, particularly s-s. (3), it prescribes the forms to be used. Section 181 of the *Bankruptcy Act* provides for a registrar of the court. Section 162 of the *Bankruptcy Act* prescribes the powers of the registrar.

In my view, proceedings before the official receiver are judicial proceedings, and Mr. Staranchuk who was a compellable witness before him in those proceedings and testified, has the right not to have any incriminating evidence given there used to incriminate him in any other proceedings, which includes these proceedings.

I, therefore, grant the application made by counsel for the accused, and I rule that exs. P.3 and P.4 for identification, the document entitled "Statement of Affairs", and the document consisting of questions put to the accused, the bankrupt at the time, by the official receiver under s. 132, may not in these proceedings be marked as full exhibits.

B. VOIR-DIRE RELATIF AUX CONFESSIONS

Lorsqu'un accusé témoigne en défense sur voir-dire, la Couronne peut-elle utiliser, à quelque titre que ce soit, ce témoignage dans le cadre du procès proprement dit? Pour répondre adéquatement à cette question, il nous faut distinguer deux situations: la mise en preuve d'un témoignage antérieur; et son utilisation en contre-interrogatoire.

1. MISE EN PREUVE DU TEMOIGNAGE

Le Conseil privé s'est penché sur la possibilité pour la poursuite d'utiliser à son profit le témoignage rendu par l'accusé dans le cadre d'un voir-dire. Dans l'arrêt Wong Kam-Ming, (1979) 69 Crim. App. R. 47, quatre juges, dont Lord Edmund-Davis était le porte-parole, ont affirmé une première règle de droit: nonobstant le résultat du voir-dire, quant à l'admissibilité de la déclaration, la poursuite ne peut jamais lors du procès faire la preuve du contenu des admissions faites par l'accusé.

2. UTILISATION DU TEMOIGNAGE EN CONTRE-INTERROGATOIRE

Puis, les cinq membres du Comité judiciaire ont formulé une seconde règle de droit: sous réserve que la déclaration soit jugée admissible en preuve, l'accusé témoignant au mérite peut toujours être contre-interrogé eu égard aux extraits de sa déposition rendue sur voir-dire, en cas d'incompatibilité avec son témoignage.

Dans une affaire de R. c. Coughlin and Nicholson, (1983) 3 C.C.C. (3d) 259, la Cour d'appel d'Ontario a fait sienne la première règle de droit énoncée par le Comité judiciaire du Conseil privé. En l'espèce, l'accusé Coughlin fut contre-interrogé à l'aide de son témoignage rendu sur voir-dire, malgré que sa déclaration eut été jugée irrecevable et qu'il ait invoqué alors l'article 5(2) de la Loi sur la preuve.

Choisissant de ne point discuter l'applicabilité de l'article 5(2) L.P., le juge Martin déclare illégal le contre-interrogatoire permis par le juge de première instance, en s'appuyant notamment sur l'autorité de l'arrêt Wong Kam-Ming précité: (p. 263)

It is unnecessary for us to decide whether the cross-examination was precluded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*; cf., however, *R. v. Magdish, Bennett and Sweet* (1978), 41 C.C.C. (2d) 449, 3 C.R. (3d) 377. We are all of the view that, in any event, since the statement was ruled *inadmissible*, the Crown was precluded from cross-examining the appellant Coughlin with respect to his evidence given on the *voir dire*: see *Wong Kam-ming v. The Queen*, [1979] 2 W.L.R. 81 (P.C.); *R. v. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385, 34 O.R. (2d) 747 (Ont. C.A.).

Qu'en est-il de la situation très particulière où une déclaration se trouve frappée d'interdit à l'enquête préliminaire après voir-dire, mais jugée admissible en preuve lors du voir-dire tenu pendant le procès? La Cour d'appel d'Ontario fut confrontée à ce problème dans l'arrêt R. c. Tarrant, (1982) 63 C.C.C. (2d) 385. En substance, le tribunal d'appel statua comme suit: nonobstant le fait qu'un magistrat-enquêteur ait jugé irrecevable une déclaration faite par l'accusé, son témoignage (rendu à l'occasion de voir-dire

tenu pendant l'enquête préliminaire) peut néanmoins être utilisé par la poursuite pour le contre-interroger lors du procès proprement dit, pourvu que le second voir-dire ait été favorable à la Couronne. Voici les motifs de jugement tels qu'exprimés par le juge Martin, à la p. 389:

Although it is not strictly necessary for us to deal with this second point, in view of the fact that we have concluded that a new trial must be ordered, we think it is appropriate to express our views for the assistance of the Judge conducting the new trial. In our view, the learned trial Judge did not err in permitting the cross-examination of the appellant with respect to his testimony on the *voir dire* at the preliminary hearing notwithstanding that that statement was, in part, ruled inadmissible at the preliminary hearing, since the statement was held admissible at the trial. In our view, the fact that the statement was ruled inadmissible at the preliminary hearing was irrelevant where, as here, the statement was admitted at the trial. Neither the language used nor the policy which appears to underlie the restriction placed by the Judicial Committee on the cross-examination of an accused at his trial with respect to his testimony on a *voir dire* during the trial in relation to a statement which is ruled inadmissible extends to a statement which although ruled inadmissible at the preliminary hearing has been ruled admissible at the trial. Patently, the Judicial Committee did not have such a situation in contemplation and the case before them did not involve such a situation.

If an accused chooses to testify on a *voir dire* to determine the admissibility of a statement he takes the calculated risk that if the statement is ruled admissible, *then or later*, his evidence may be used to cross-examine him in a later proceeding.

Signalons au passage que, suivant l'arrêt Duhamel c. R., (1982) 25 C.R. (3d) 53, de la Cour d'appel d'Alberta, un jugement sur voir-dire lors d'un procès ne peut donner ouverture au principe de la chose jugée (lors d'un voir-dire portant sur la même déclaration) dans le cadre d'un second procès. Il nous apparaît raisonnable de soutenir la même proposition quant aux voir-dires tenus dans une enquête préliminaire et un procès relatifs au même dossier.

Deux décisions récentes discutent de l'incidence de l'article 13 de la Charte quant à la question qui nous intéresse. Dans l'arrêt

R. c. Wilson, (1982) 67 C.C.C. (2d) 481, le juge Honey de la Cour de comté d'Ontario a statué que, en raison de l'économie générale de l'article 13, la Couronne ne peut mettre en preuve le témoignage antérieur de l'accusé rendu à l'occasion d'un procès avorté. A son avis, la poursuite ne peut même pas utiliser ledit témoignage à des fins de contre-interrogatoire. A la p. 482, le juge Honey donne ses motifs de jugement:

The accused was previously tried on the above-mentioned counts in October, 1981. The trial was not concluded because the jury could not agree on a verdict. A transcript of the evidence taken at the first trial was available at this trial.

The first ruling followed the application of the Crown on June 9, 1982, to introduce the evidence given by the accused at the first trial as his statement in this trial. Objection was taken by Mr. Liss on the grounds that to do so would be contrary to s. 13 of the Charter. In my opinion Mr. Liss' objection was well taken, and I ruled accordingly.

The second ruling on June 10, 1982, followed an indicated intention by Mr. McKenna to use the transcript of the evidence of the accused taken at the first trial in cross-examining the accused in this trial. Mr. Liss' objection was again based on s. 13 of the Charter.

The common law right of a witness to refuse to answer a question on the grounds that the answer might incriminate him was abolished by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. It has not been restored by the Charter. A witness may not refuse to answer a question on the ground that the answer might incriminate him. However, s. 13 of the Charter provides that the witness (in this case the accused) has the right not to have any incriminating evidence used to incriminate him in another proceeding. This is a change from the law as it exists in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* because under that statute the evidence can be excluded from the subsequent proceedings only if the witness had claimed the privilege against self-incrimination at the time of testifying in the earlier proceeding. Under s. 13 of the Charter the privilege exists to exclude the incriminating evidence from the subsequent proceedings, even if no objection was taken at the time of testifying in the earlier proceedings.

I understand it is generally thought that s. 13 of the Charter will replace s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Such would seem to be the result if s. 13 is given its plain and unambiguous meaning, as I find should be the case. It would follow from this ruling that the rights of the individual are enlarged by s. 13, and this would, as I understand it, be consistent with the intent of Parliament.

For those reasons I ruled on the second *voir dire* that the Crown could not use the transcript of the accused's evidence given at the first trial to cross-examine the accused at this trial.

La seconde décision nous intéresse davantage, puisqu'elle porte sur l'utilisation d'un témoignage rendu pendant une procédure de voir-dire. Il s'agit de l'arrêt R. c. Jewitt, (1983) 3 C.C.C. (3d) 191. Le juge Wong de la Cour de comté de Colombie-Britannique a statué qu'une distinction s'impose entre la production d'un témoignage antérieur en vue d'incriminer son auteur, ce que prohibe l'article 13, et, l'utilisation d'un tel témoignage en vue d'atténuer la crédibilité de l'accusé, ce qui échappe à la protection de l'article 13. Pour faire justice au raisonnement du juge Wong, nous reproduisons in extenso son jugement:

WONG Co. Ct. J. (orally):—During cross-examination of the accused, Crown counsel requested that the jury be excused in order that a ruling be obtained as to whether the accused could be cross-examined on the basis of contradictory testimony given earlier during these proceedings in the course of a *voir dire*.

Crown counsel has brought to my attention a recent decision of His Honour Judge Honey of the Ontario County Court, decided on July 2, 1982, which prohibited cross-examination of the accused during a re-trial on previous testimony given at the first trial. This decision is the *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481, 137 D.L.R. (3d) 572, 1 C.R.R. 296.

In *Wilson*, Crown counsel sought to introduce as evidence a transcript of what the accused said at the first trial and also sought to cross-examine the accused on the basis of that transcript. Judge Honey in interpreting s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ruled that it should be given its plain and unambiguous meaning consistent with the intent of Parliament. He ruled that not only was the transcript of the accused's testimony at the first trial barred from being tendered as evidence, but also that the transcript could not be used to cross-examine the accused during the second trial.

Section 13 of the Charter of Rights reads:

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

I think the key aspect of this section depends upon the purpose for which cross-examination is intended: I think the section is clear that a transcript of earlier evidence cannot be tendered for the purpose of incrimination; however, I think there is a distinction when cross-examination is for the purpose of discrediting a witness's testimony. For if that avenue is not available, then it seems to me the accused will be permitted with impunity to tell one story at one stage of the proceedings and a different story at another stage of the proceedings.

Cross-examination of an accused during the course of a main trial based upon testimony given during a *voir dire* has been permitted in the English decision of *Wong Kam-Ming v. The Queen*, [1979] 2, W.L.R. 82. In the limited time that I have had to consider this matter, I have come to the conclusion that s. 13 of the Charter of Rights does not prevent cross-examination of a witness on his testimony given earlier during the course of a *voir dire* for the purpose of discrediting the witness's credibility as it is not for the purpose of incrimination.

Accordingly, the Crown may cross-examine on the basis of the testimony given in the *voir dire*.

Le raisonnement du juge Wong est séduisant. Cependant, il nous semble porter à faux. Il est inexact de dire que l'accusé qui raconte sous serment deux histoires différentes n'encourt aucune sanction. L'article 13 de la Charte précise bien que la protection cesse d'exister relativement à des accusations de parjure ou de témoignages contradictoires.

À notre avis, le problème à résoudre est de savoir si l'usage d'un témoignage antérieur de l'accusé en contre-interrogatoire constitue une utilisation incriminante au sens de l'article 13 de la Charte.

Il convient dès lors de rappeler une distinction importante au niveau de la phraséologie des articles 5(2) L.P. et 13 de la Charte. À l'article 5(2) L.P. on lit qu'une réponse du témoin "ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve

contre lui..." L'article 13 de la Charte stipule, de façon plus générale, qu'aucun "témoignage incriminant" rendu par un témoin ne pourra être subséquemment "utilisé pour l'incriminer".

Dans l'arrêt P.-G. Québec c. Côté, (1979) 8 C.R. (3d) 171, (C.A. Qué.) p. 179, le juge Lamer, avec l'appui du juge Casey, rappela que le fait de contre-interroger l'accusé à l'aide de sa déposition rendue devant le coroner, c'est "l'invoquer" au sens de l'article 5(2) L.P. Puisque ce terme ne se retrouve pas à l'article 13 de la Charte, peut-on logiquement conclure qu'un témoignage antérieurement rendu est "incriminant" et que le fait de s'en servir en contre-interrogatoire de l'accusé a pour conséquence qu'il soit alors "utilisé pour l'incriminer"?

Il faudrait être bien naïf pour croire que la Couronne désire contre-interroger l'accusé à l'aide d'un témoignage antérieur pour lui venir en aide ou faciliter son acquittement. Le sens commun nous indique qu'un tel exercice a généralement pour objet de miner la crédibilité de l'inculpé. Toute preuve qui discrédite l'accusé nous semble forcément incriminante pour lui. Force nous est donc de conclure que le terme "utilisé" à l'article 13 de la Charte est suffisamment large pour couvrir la situation du contre-interrogatoire portant sur un témoignage antérieur.

De plus, certains jugements sont à l'effet que l'article 13 de la Charte reprend, pour la rendre automatique, la protection prévue à l'article 5(2) L.P. Si tel est le cas, ça nous semblerait incongru que l'article 13 Charte assure moins de protection à l'accusé qu'il n'en a sous l'article 5(2) L.P. Vois notamment les arrêts déjà cités de Staranchuk, (1983) 3 C.C.C. (3d) 138; et Wilson (1982) 67 C.C.C. (2d) 481.

Tant que la jurisprudence n'aura pas, de façon définitive, statué sur la portée de l'article 13 de la Charte, les procureurs de la défense seraient bien avisés de conseiller à leurs clients d'invoquer l'article 5(2) L.P. lorsqu'ils témoignent sur voir-dire. En raison de l'arrêt Côté précité, la Couronne ne pourrait pas utiliser le témoignage rendu pendant le voir-dire comme instrument de mise en contradiction.

De l'avis du juge Kaufman de la Cour d'appel du Québec, dans son livre Admissibility of Confessions 2e édition Carswell, 1974, p. 36, l'accusé a droit, lors d'un voir-dire, d'invoquer le privilège de non-incrimination. A son avis, l'accusé devant répondre aux questions touchant la véracité de sa déclaration, d'une part, et le voir-dire étant une procédure distincte du procès, d'autre part, l'accusé-témoin se trouve donc dans une situation analogue à l'inculpé subissant un second procès pour une même accusation. Voir au même effet: Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut, du professeur Ratushny, (1977-78) 20 Crim. L. Qu. 312, p. 351.