

**Michael Garfield Lyttle** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. LYTTLE**

**Neutral citation: 2004 SCC 5.**

File No.: 29412.

2003: October 17; 2004: February 12.

Present: McLachlin C.J. and Major, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Witnesses — Cross-examination — Right of accused to cross-examine prosecution witnesses — Whether counsel must provide evidentiary foundation for cross-examination or whether good faith basis sufficient for raising questions.*

*Criminal law — Procedural unfairness at trial — Curative proviso — Defence counsel obliged to call police investigators as her own witnesses against her wishes and to forfeit statutory right to address jury last — Whether resulting trial unfairness could be saved by applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The victim was severely beaten by five men. He claimed that he had been beaten over a gold chain but two police officers stated in separate reports, which were disclosed to the defence, that they believed the attack was related to a drug debt. The victim identified the accused in a photographic line-up. The defence theory was that the beating related to an unpaid drug debt and that the victim had identified the accused as his assailant to protect the real offenders — his associates in a drug ring. The Crown did not intend to call the officers as witnesses. In a *voir dire* and repeatedly at trial, the trial judge stated that defence counsel could only proceed with her proposed cross-examination of the Crown's witnesses if she provided substantive evidence of the drug debt theory. Defence counsel called the officers and the accused lost his statutory right to address the jury last. The defence did not present any other evidence. The accused was convicted of robbery, assault causing bodily

**Michael Garfield Lyttle** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. LYTTLE**

**Référence neutre : 2004 CSC 5.**

N° du greffe : 29412.

2003 : 17 octobre; 2004 : 12 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Droit criminel — Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — L'avocat doit-il présenter des éléments de preuve au soutien de son contre-interrogatoire ou est-il suffisant qu'il soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions?*

*Droit criminel — Iniquité procédurale au procès — Disposition réparatrice — L'avocate de la défense a été obligée d'assigner elle-même les policiers enquêteurs et de renoncer au droit que lui reconnaît la loi de s'adresser au jury en dernier — L'injustice en résultant pouvait-elle être corrigée par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

Ayant subi une sévère correction aux mains de cinq hommes, la victime a affirmé avoir été battue au sujet d'une chaîne en or. Toutefois, dans des rapports distincts communiqués à la défense, deux policiers ont dit croire que l'agression était reliée à une dette de drogue. La victime a identifié l'accusé à l'occasion d'une séance d'identification photographique. La thèse de la défense était que l'attaque se rapportait à une dette de drogue impayée et que la victime avait désigné l'accusé comme étant son agresseur afin de protéger les véritables mal-fauteurs — ses associés au sein d'un réseau de trafiquants de drogue. Le ministère public n'entendait pas citer les policiers comme témoins. Au cours d'un *voir-dire* ainsi qu'à plusieurs reprises au cours du procès, le juge a indiqué que l'avocate de la défense ne pourrait contre-interroger les témoins à charge comme elle projetait de le faire que si elle fournissait une preuve de fond étayant sa thèse de la dette de drogue. L'avocate de la défense a

harm, kidnapping and possession of a dangerous weapon. In affirming the convictions, the Court of Appeal held that the trial judge had erred in requiring defence counsel to call evidence in support of her drug debt theory but that the verdict could be saved by resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

*Held*: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge unduly restricted the right of the accused to conduct a full and proper cross-examination of the principal Crown witness. The accused was not required to undertake to call evidence to support his drug debt theory as a condition for permitting the cross-examination. The right of an accused to cross-examine prosecution witnesses without significant and unwarranted constraint is an essential component of the right to make a full answer and defence. The right of cross-examination, which is protected by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, must be jealously protected and broadly construed. A question can be put to a witness in cross-examination regarding matters that need not be proved independently, provided that counsel has a good faith basis for putting the question. It is not uncommon for counsel to believe what is in fact true without being able to prove it otherwise than by cross-examination. "A good faith basis" is a function of the information available to the cross-examiner, his or her belief in its likely accuracy, and the purpose for which it is used. The information may fall short of admissible evidence and may be incomplete or uncertain, provided the cross-examiner does not put suggestions to the witness recklessly or that he or she knows to be false. The cross-examiner may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition and there is no requirement of an evidentiary foundation for every factual suggestion put to a witness in cross-examination. Where a question implies the existence of a disputed factual predicate that is manifestly tenuous or suspect, a trial judge may seek assurance that a good faith basis exists for the question. If the judge is satisfied in this regard and the question is not otherwise prohibited, counsel should be permitted to put the question to the witness. In this case, the existence of a good faith basis for the defence's drug debt theory had become apparent over the course of the

elle-même assigné les policiers et l'accusé a de ce fait perdu le droit que lui accorde la loi de s'adresser au jury en dernier. La défense n'a présenté aucune autre preuve. L'accusé a été déclaré coupable de vol qualifié, de voies de fait causant des lésions corporelles, d'enlèvement et de possession d'arme dangereuse. Confirmant les déclarations de culpabilité, la Cour d'appel a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en exigeant de l'avocate de la défense qu'elle produise des éléments de preuve au soutien de sa thèse de la dette de drogue, mais elle a conclu que le verdict pouvait être maintenu par application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a indûment limité le droit de l'accusé de mener un contre-interrogatoire complet et approprié du principal témoin à charge. L'accusé n'était pas tenu de s'engager à présenter des éléments de preuve au soutien de sa thèse de la dette de drogue pour être autorisé à procéder au contre-interrogatoire. Le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. Le droit de contre-interroger, qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, doit être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il est possible de contre-interroger un témoin sur des points qui n'ont pas besoin d'être prouvés indépendamment, pourvu que l'avocat soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions. Il n'est pas inhabituel qu'un avocat prête foi à un fait qui est effectivement vrai, sans qu'il soit capable d'en faire la preuve autrement que par un contre-interrogatoire. La « bonne foi » est fonction des renseignements dont dispose le contre-interrogateur, de l'opinion de celui-ci sur leur probable exactitude et du but de leur utilisation. Ces renseignements peuvent ne pas être des éléments de preuve admissibles et ils peuvent avoir un caractère incomplet ou incertain, pourvu toutefois que le contre-interrogateur ne soumette pas au témoin des hypothèses qui soient inconsidérées ou qu'il sait être fausses. Le contre-interrogateur peut soulever toute hypothèse qu'il avance honnêtement sur la foi d'inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition et rien ne l'oblige à présenter un fondement de preuve à l'égard de chaque fait soumis à un témoin. Lorsqu'une question implique l'existence d'une assise factuelle contestée et manifestement fragile ou suspecte, le juge du procès peut demander à l'avocat l'assurance qu'il pose la question de bonne foi. Si les assurances données à cet égard satisfont le juge et que la formulation de la question n'est pas prohibée pour une autre raison, l'avocat devrait être autorisé à poser la question au

two *voir dire*s. The trial judge erred in law by requiring an evidentiary foundation for the cross-examination.

The trial judge's error cannot be cured by resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. The ruling had an intimidating effect on defence counsel, disrupted the rhythm of her cross-examinations, and manifestly constrained their scope. It obliged defence counsel to call police investigators as her own witnesses against her wishes. The Crown was permitted to cross-examine its own officers and the accused was found to have forfeited his statutory right to address the jury last. This had a fatal impact on the fairness of the trial. It cannot be said that in the absence of the trial judge's error, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different and it would be wrong in these circumstances to apply the curative proviso.

### Cases Cited

**Explained:** *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337; *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67; **disapproved:** *R. v. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241; *R. v. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *R. v. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. v. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 651(3), 686(1)(b)(iii).

### Authors Cited

Brauti, Peter M. "Improper Cross-Examination" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69.

témoin. En l'espèce, l'existence de la bonne foi requise pour justifier la présentation de la thèse de la dette de drogue était ressortie clairement au cours des deux *voir-dires*. Le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant, pour la tenue du contre-interrogatoire, la production d'un fondement de preuve.

Il est impossible de remédier à l'erreur du juge du procès en appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. La décision contestée du juge du procès a eu un effet inhibiteur sur l'avocate de la défense, elle a perturbé le rythme de ses contre-interrogatoires et elle a clairement limité leur portée. Cette décision a obligé l'avocate de la défense à citer, bien malgré elle, les policiers enquêteurs comme témoins à décharge. Le ministère public a été autorisé à contre-interroger ses propres agents et l'accusé a été considéré comme ayant renoncé au droit que la loi lui accorde de s'adresser au jury en dernier. Cette situation a eu des conséquences fatales sur l'équité du procès. Il est impossible d'affirmer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur du juge du procès. De plus, il serait erroné dans les circonstances d'appliquer la disposition réparatrice.

### Jurisprudence

**Arrêts expliqués :** *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67; **arrêts critiqués :** *R. c. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241; *R. c. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314; **arrêts mentionnés :** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. c. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Rondel c. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 651(3), 686(1)(b)(iii).

### Doctrine citée

Brauti, Peter M. « Improper Cross-Examination » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant.  
*The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto:  
Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 61 O.R. (3d) 97, 167 C.C.C. (3d) 503, 4 C.R. (6th) 1, 163 O.A.C. 33, [2002] O.J. No. 3308 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice. Appeal allowed.

*David M. Tanovich*, for the appellant.

*Shelley Hallett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR AND FISH JJ. —

### I. Introduction

1 Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be no other way to expose falsehood, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed.

2 That is why the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence.

3 The Court of Appeal found in this case that the trial judge had unduly restricted the right of the accused to conduct a full and proper cross-examination of the principal Crown witness. We agree with that finding.

4 We agree as well that the judge's error resulted from his understandable misapplication of this Court's decision in *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337. The trial judge considered that he was bound by *Howard* to require the appellant to "follow up with substantive evidence" every factual hypothesis defence counsel intended to put to a Crown witness in cross-examination. As the Court of Appeal made plain, this is not the law: *Howard* did not purport to

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant.  
*The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto:  
Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 61 O.R. (3d) 97, 167 C.C.C. (3d) 503, 4 C.R. (6th) 1, 163 O.A.C. 33, [2002] O.J. No. 3308 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice. Pourvoi accueilli.

*David M. Tanovich*, pour l'appellant.

*Shelley Hallett*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MAJOR ET FISH —

### I. Aperçu

Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s'avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu'un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n'existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais.

Voilà pourquoi le droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière.

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait indûment limité le droit de l'accusé de mener un contre-interrogatoire complet et approprié du principal témoin à charge. Nous souscrivons à cette conclusion.

Nous sommes nous aussi d'avis que l'erreur commise par le juge résulte de son application erronée, mais compréhensible, de l'arrêt de notre Cour *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337. S'estimant lié par cette décision, le juge du procès a exigé de l'appelant qu'il [TRADUCTION] « étaye par une preuve de fond » chacune des hypothèses factuelles que son avocate avait l'intention de soumettre à un témoin à charge en contre-interrogatoire. Comme l'a

change the well-established rule in this regard, and should not be understood to have added an evidentiary burden to the requirement of good faith that has long been considered the governing standard.

The Court of Appeal nonetheless concluded that the judge's misapplication of *Howard* could be cured by resort to the harmless error proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

With respect, we have reached a different conclusion.

First, because the trial judge's impugned ruling had an intimidating effect on defence counsel, disrupted the rhythm of her cross-examinations, and manifestly constrained their scope.

Second, because the ruling obliged defence counsel, against her wishes, to call police investigators as her own witnesses. The Crown was then permitted to cross-examine its own officers — while the appellant, having been obliged by a mistaken ruling to call them, was found to have thereby forfeited his statutory right to address the jury last.

In this latter regard, we do not think it necessary to consider here afresh whether it is generally an advantage to have the last word. Many able and experienced counsel — and others — certainly take that view. Moreover, the defence, where it calls no witnesses, is given that right by s. 651(3) of the *Criminal Code*. Here, the defence wished to exercise that right and was prevented from doing so by the judge's erroneous ruling in law.

For these reasons and those that follow, we have concluded that the trial judge's misapprehension of the governing principles of cross-examination had a fatal impact on the conduct of the defence and on the fairness of the trial.

clairement indiqué la Cour d'appel, il ne s'agit pas là du droit applicable : l'arrêt *Howard* n'a pas modifié la règle établie à cet égard et il n'a pas eu pour effet d'ajouter un fardeau de preuve à l'obligation de bonne foi qui est depuis longtemps considérée comme la norme applicable.

La Cour d'appel a néanmoins jugé qu'il était possible de remédier à l'application erronée de l'arrêt *Howard* par le juge du procès au moyen de l'exception relative aux erreurs sans conséquence prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

En toute déférence, nous arrivons à une conclusion différente, et ce pour les raisons suivantes.

Premièrement, la décision contestée du juge du procès a eu un effet inhibiteur sur l'avocate de la défense, elle a perturbé le rythme de ses contre-interrogatoires et elle a clairement limité leur portée.

Deuxièmement, la décision a obligé l'avocate de la défense à citer, bien malgré elle, les policiers enquêteurs comme témoins à décharge. Le ministère public a été autorisé à contre-interroger ses propres agents — alors que l'appelant, qui a été contraint de les assigner à cause d'une décision erronée, s'est de ce fait trouvé à renoncer au droit que la loi lui accorde de s'adresser au jury en dernier.

Pour ce qui est de ce dernier aspect, nous ne jugeons pas nécessaire, dans le présent pourvoi, de réexaminer la question de savoir s'il est en général avantageux de parler en dernier. Nombre d'avocats compétents et expérimentés — ainsi que d'autres personnes — sont assurément de cet avis. En outre, le par. 651(3) du *Code criminel* reconnaît expressément ce droit à la défense lorsqu'elle n'assigne aucun témoin. En l'espèce, la défense souhaitait exercer ce droit et elle en a été empêchée par la décision erronée en droit du juge.

Pour les motifs qui précèdent et pour ceux exposés ci-après, nous estimons que l'interprétation erronée par le juge du procès des principes régissant le contre-interrogatoire a eu des conséquences fatales sur la conduite de la défense et sur l'équité du procès.

5

6

7

8

9

10

11 In our respectful view, the appeal should therefore be allowed and a new trial ordered.

## 12 II. Facts

12 On February 19, 1999, Stephen Barnaby was viciously beaten by five men with baseball bats, four of them said to have been masked. He was found outside an apartment building, collapsed, shivering, with broken bones and with other severe injuries to his head and legs. He had no wallet, no house keys and no identification.

13 Barnaby told a uniformed officer, with whom he spoke briefly soon after the attack, that he had been beaten over a gold chain.

14 Detective Sean Lawson, initially assigned to the case, stated in his “Occurrence Report” that the attack was believed to be over a drug debt and the victim was being less than truthful. His suspicion in this regard was based on a conversation with Barnaby at the hospital, on the ferocity of the beating, on the fact that Barnaby had a drug-related conviction, and on other elements of Detective Lawson’s own preliminary investigation.

15 On the following morning, referring to the Barnaby attack in his “Daily Major” report summarizing all serious crimes that had occurred during his shift, Detective-Sergeant Ian Ganson wrote: “believed to be [over] a drug debt [. . .] further inquiries”. Ganson, it should be noted, never spoke directly with Barnaby. He merely relied, in the usual way, on information he had received from subordinate investigators and uniformed officers.

16 Lawson’s “Occurrence Report” and Ganson’s “Daily Major” report were disclosed to the defence

À notre humble avis, le pourvoi doit donc être accueilli et un nouveau procès doit être ordonné.

## II. Faits

Le 19 février 1999, Stephen Barnaby a été sauvagement battu à coups de bâtons de baseball par cinq hommes, dont quatre étaient, dit-on, masqués. Il a été retrouvé à l’extérieur d’un immeuble d’habitation, inconscient, grelottant et souffrant de fractures et de blessures graves à la tête et aux jambes. Il n’avait sur lui ni portefeuille, ni clés de maison, ni pièces d’identité.

Monsieur Barnaby a dit à un policier en uniforme avec qui il s’est brièvement entretenu peu après l’agression qu’on l’avait battu à propos d’une chaîne en or.

Dans son [TRADUCTION] « Rapport circonstancié » (« *Occurrence Report* »), le détective Sean Lawson, initialement chargé de l’affaire, a écrit que l’attaque était selon lui reliée à une dette de drogue et que la victime ne disait pas toute la vérité. Le détective Lawson fondait ses soupçons à cet égard sur une conversation qu’il avait eue avec M. Barnaby à l’hôpital, sur la brutalité de la râclée, sur la déclaration de culpabilité prononcée antérieurement contre ce dernier pour une infraction liée à la drogue et sur d’autres éléments découverts au cours de ses démarches préliminaires.

Le lendemain matin, faisant état de l’agression commise contre M. Barnaby dans son [TRADUCTION] « Rapport quotidien sur les infractions graves » (« *Daily Major* »), lequel résume tous les crimes graves survenus pendant son quart de travail, le sergent-détective Ian Ganson a écrit ceci : [TRADUCTION] « [s]erait reliée à une dette de drogue [. . .] l’enquête se poursuit ». Il convient de souligner que le sergent-détective Ganson n’a jamais parlé directement à M. Barnaby. Il s’est simplement fié, comme à l’habitude, aux renseignements reçus d’enquêteurs subalternes et de policiers en uniforme.

Le « Rapport circonstancié » du détective Lawson et le « Rapport quotidien sur les infractions graves »

in a timely manner, as required by law. See *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Detective Michael Korb and his partner, Detective Martin Ottaway, took over the investigation the day after the attack and obtained a statement from Barnaby at the hospital. Korb and Ottaway were aware of the “drug deal gone bad” theory mentioned by Lawson and Ganson, but both testified that it did not influence their investigation. Unlike Lawson and Ganson, Korb and Ottaway believed Barnaby’s version of the assault and the reasons for it.

Barnaby, at a photographic line-up, identified the appellant as the unmasked attacker.

### III. Proceedings Below

#### A. *Ontario Superior Court of Justice*

The appellant’s trial commenced, before judge and jury, on October 21, 1999.

Crown counsel was aware, from pre-trial discussions, of the defence theory that Barnaby’s beating related to an unpaid drug debt and that he had identified the appellant as his assailant to protect the real offenders — his associates in a drug ring.

Before opening his case, Crown counsel urged the trial judge to prohibit cross-examination along these lines in the absence of the “required” evidentiary foundation. In support of its position, the Crown relied on *Howard*, *supra*, and stated that neither Lawson nor Ganson would be called as Crown witnesses.

Throughout the ensuing *voir dire*, the trial judge made it clear that, on his view of the law, the defence could only proceed with its proposed cross-examination if it provided “substantive evidence”

du sergent-détective Ganson ont, comme l’exige la loi, été communiqués à la défense en temps utile. Voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Le lendemain de l’attaque, le détective Michael Korb et son coéquipier, le détective Martin Ottaway, ont pris l’enquête en main et obtenu une déclaration de M. Barnaby à l’hôpital. Messieurs Korb et Ottaway étaient au courant de la thèse de la [TRADUCTION] « transaction de drogue ayant mal tourné » mentionnée par MM. Lawson et Ganson, mais ils ont tous les deux témoigné que cette thèse n’avait pas influencé leur enquête. Contrairement à leurs collègues, MM. Korb et Ottaway ont prêté foi à la version de M. Barnaby au sujet de l’agression et aux raisons qu’il a données à cet égard.

Lors d’une séance d’identification photographique, M. Barnaby a identifié l’appelant comme étant l’agresseur non masqué.

### III. Historique des procédures

#### A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario*

Le procès de l’appelant devant juge et jury a débuté le 21 octobre 1999.

L’avocat du ministère public avait pris connaissance, au cours de discussions préalables au procès, de la thèse de la défense suivant laquelle M. Barnaby aurait été battu à cause d’une dette de drogue et aurait identifié l’appelant comme étant son agresseur afin de protéger les véritables mal-fauteurs — ses associés au sein d’un réseau de trafiquants de drogue.

Avant de présenter sa preuve, l’avocat du ministère public a demandé au juge du procès d’interdire tout contre-interrogatoire à ce propos, vu l’absence du fondement de preuve [TRADUCTION] « requis ». Au soutien de sa demande, le ministère public a invoqué l’arrêt *Howard*, précité, et déclaré que ni le détective Lawson ni le sergent-détective Ganson ne seraient cités comme témoins à charge.

Tout au long du *voir-dire* ayant suivi cette demande, le juge du procès a clairement indiqué que, suivant son interprétation du droit, la défense ne pouvait procéder au contre-interrogatoire projeté

17

18

19

20

21

22

of its “drug debt” theory. The following exchange is illustrative:

THE COURT: She is under no obligation at this point to advise as to the nature of her defence or what evidence she intends to call, but the law is quite clear that if you are making an allegation of that nature and of that substance, that you are required then to commit to leading some evidence in that regard. Is that your intention, madam, or . . .

MS. ROBB [Defence counsel]: Your . . . Honour, my friend’s well aware of the evidence. I didn’t dream this up on my own. The investigating officers, within moments at arriving at the scene, checked CPIC and made notations to the effect that they didn’t believe this was over a gold chain. They believed it was over a drug deal gone bad. That’s where this came from, from the Crown’s disclosure. [Emphasis added.]

23 When defence counsel refused to give an undertaking to present an evidentiary foundation for the proposed cross-examination, the trial judge repeated the constraint he was placing on the cross-examination of Crown witnesses:

MS. ROBB: Well, I mean you have to see my position, Your Honour. I can’t investigate, prosecute, and prove Mr. Barnaby’s a drug dealer. I’m not in a position to do that. The defence theory is that this man made up Mr. Lyttle as the attacker to protect himself from the people that beat him up because he didn’t pay the money for drugs. That’s the defence theory.

THE COURT: Well, he can give that evidence, not — you have no obligation to tell us whether you are calling him or not. But I can only tell you the law is that if you are going to make those allegations by cross-examining, in the course of cross-examination of the Crown witnesses, you had better follow up with substantive evidence. That is the law. [Emphasis added.]

24 In his preliminary ruling, later often repeated, the trial judge warned defence counsel that there was a danger of a mistrial if she put the “drug debt” allegations to the Crown witnesses and then failed to provide what he considered to be the necessary evidentiary support:

que si elle fournissait une « preuve de fond » étayant sa thèse de la « dette de drogue ». L’échange suivant illustre la position du juge :

[TRADUCTION] LA COUR : Elle n’a aucune obligation à ce moment-ci de révéler la nature de sa défense ou les éléments de preuve qu’elle entend présenter, mais le droit est très clair, si une allégation de cette nature est formulée, il faut s’engager à produire certains éléments de preuve à cet égard. Est-ce là votre intention, madame, ou . . .

M<sup>ME</sup> ROBB [avocate de la défense] : Votre [. . .] Seigneurie, mon confrère est bien au fait de la preuve. Je n’ai rien inventé. Dans les instants qui ont suivi leur arrivée sur les lieux, les enquêteurs ont interrogé le CIPC et ont noté qu’ils ne croyaient pas que l’agression avait pour objet une chaîne en or. Ils estimaient qu’une transaction de drogue ayant mal tourné était à l’origine de l’agression. C’est de là que ça vient, de la preuve communiquée par le ministère public. [Nous soulignons.]

Lorsque l’avocate de la défense a refusé de s’engager à présenter un fondement de preuve au soutien du contre-interrogatoire qu’elle projetait de mener, le juge du procès a réitéré les limites qu’il imposait à l’égard du contre-interrogatoire des témoins à charge :

[TRADUCTION] M<sup>ME</sup> ROBB : Bien, vous devez comprendre ma position, votre Seigneurie. Je ne peux enquêter sur M. Barnaby, tenter des poursuites contre lui et prouver qu’il est un trafiquant de drogue. Je ne suis pas en mesure de faire ça. La thèse de la défense est que cet homme a inventé le fait que M. Lyttle soit son agresseur afin de se protéger contre ceux qui l’ont battu parce qu’il n’a pas versé l’argent de drogues. Voilà la thèse de la défense.

LA COUR : Bien il peut fournir cette preuve, non — vous n’êtes pas obligée de nous dire si vous l’assignez ou non. Tout ce que je peux vous dire, c’est que le droit prévoit que si vous êtes pour faire ces allégations en contre-interrogatoire, dans le cours du contre-interrogatoire des témoins à charge, vous avez tout intérêt à les étayer ensuite par une preuve de fond. C’est le droit applicable. [Nous soulignons.]

Dans sa décision préliminaire, ainsi qu’à plusieurs reprises par la suite, le juge du procès a prévenu l’avocate de la défense du risque d’annulation du procès si elle faisait état aux témoins à charge des allégations relatives à la « dette de drogue » et si elle ne fournissait pas ultérieurement le fondement de preuve qu’il estimait nécessaire :

[THE COURT]: The answer is, if you are indicating that the questions are necessary to your defence, and that you will comply with the rule in *R. v. Howard*, and cases going back as far as *Browne* and *Dunn*, then I will certainly allow you to ask them, but there better be the follow-up at some point down the road.

MS. ROBB: All right. At this point when the Crown calls its first witness, regardless of follow-up, am I allowed to ask about the CPIC?

THE COURT: Yes. Certainly.

MS. ROBB: So, the only question you're saying I can't ask is to the victim?

THE COURT: I am not — no, you misunderstood me entirely. I am not saying you can or cannot ask any questions. It is your case, it is your defence, you conduct it as you see fit. I am just saying that there will be strict adherence to the rules of evidence, which require that if you ask a question of the nature we have discussed, that, at some point, you are required to produce some foundation or substantive basis for asking that question. You cannot simply pick out of the air an allegation of that nature and hope that it will persuade the jury. There has to be factual underpinning for it. And that if it comes later in the trial, fine, no problem . . . .

. . . .

. . . you have done your duty.

. . . .

But if it does not come, then you are subject to an application by the Crown for a mistrial. [Emphasis added.]

Later that same day, the submissions on the defence theory continued. The trial judge settled the issue by reiterating his previous ruling:

[THE COURT]: All right, we are going to handle this in the same way we are handling the other issue that we discussed at length this morning. You will be permitted to ask those questions. If you fail to follow-up, and under the *R. v. Howard* case you are obligated to, I presume by now you have read it. I will quote, just to deal with that

[TRADUCTION] [LA COUR]: La réponse est que, si vous affirmez que les questions sont nécessaires à votre défense et que vous allez vous conformer à la règle établie dans *R. c. Howard*, et à des décisions remontant aussi loin que l'arrêt *Browne* et *Dunn*, je vais alors certainement vous autoriser à les poser, mais il vaut mieux que la preuve requise suive à un moment donné.

M<sup>ME</sup> ROBB : D'accord. À ce moment-ci, lorsque le ministère public appellera son premier témoin, indépendamment de la preuve à apporter plus tard, suis-je autorisée à le questionner au sujet du CIPC?

LA COUR : Oui, certainement.

M<sup>ME</sup> ROBB : Donc, vous dites que la seule question que je ne peux poser s'adresse à la victime?

LA COUR : Je ne — non, vous ne m'avez pas compris du tout. Je ne dis pas que vous pouvez poser des questions ou que vous ne pouvez pas le faire. C'est votre cause, c'est votre défense, vous la menez comme bon vous semble. Je dis simplement qu'il y aura application stricte des règles de preuve, lesquelles exigent que si vous posez une question de la nature de celle dont nous avons discuté, vous êtes tenue, à un moment donné, de produire des éléments de preuve de fond étayant cette question. Vous ne pouvez tout simplement pas soulever comme ça une allégation de cette nature et espérer qu'elle convainc le jury. Cette allégation doit avoir un fondement factuel. Si ce fondement est établi plus tard au cours du procès, alors tout va bien, aucun problème . . .

. . . .

. . . vous avez satisfait à votre obligation.

. . . .

Mais s'il ne l'est pas, vous vous exposez à une demande d'annulation du procès par le ministère public. [Nous soulignons.]

Plus tard le même jour, la présentation des observations sur la thèse de la défense s'est poursuivie. Le juge du procès a tranché la question en réitérant sa décision antérieure :

[TRADUCTION] [LA COUR] : Bon, nous allons régler ça de la même manière que nous avons réglé l'autre question dont nous avons discuté en profondeur ce matin. Vous serez autorisée à poser ces questions. Si vous ne présentez pas les éléments de preuve requis, et suivant l'arrêt *R. c. Howard* vous êtes tenue de le faire, je

issue briefly, from page [1347] of the Judgment by Mr. Justice Lamer where he says quite clearly:

“It is not open to the examiner or cross-examiner to put as a fact, or even a hypothetical fact, that which is not and will not become part of the case as admissible evidence.”

MS. ROBB: Okay, Your Honour . . . .

THE COURT: So, there is your directive. If you fail to abide by that directive, there will be consequences. [i.e., a mistrial] . . . .

26

Near the end of the examination-in-chief of Ottaway, the second Crown witness, defence counsel expressed concern over the trial judge’s ruling and raised the issue of a mistrial. In the absence of the jury, Ms. Robb indicated that she intended to pursue the “drug debt” theory in cross-examination and sought reassurance that in the event the Crown did ask for a mistrial, she would be permitted to address the court. The trial judge confirmed that the defence would be given such an opportunity and stated:

THE COURT: . . . You will be permitted to ask whatever questions you think are relevant to the defence of your client, and I will simply apply the rules of evidence, if, at some later [time] in the trial, you do not produce substantive evidence to – which, looking back, would have warranted that question and that suggestion to the witness. Now, we are going to leave it at that. We are going to bring the jury in. Let us get on with the trial.

I ask you, before they come in, Ms. Robb, to simply read the decision of Mr. Justice Darichuk in the Manitoba . . . Queen’s Bench [*R. v. Evans* (1994), 93 Man. R. (2d) 77]. . . . He quite clearly says:

“Does the right of cross-examination encompass the right to assert specific factual suggestions without confirmation from counsel that the matters suggested are or will be part of his or her case, and that evidence will be led on that subject? I think not.”

27

The issue of the foundation for the defence theory arose again during the cross-examination of Ottaway. In order to avoid the possibility of a mistrial should defence counsel not abide by his ruling, the trial judge conducted a second *voir dire*, this

présume que vous l’avez lu depuis. Je citerai, juste pour régler rapidement cette question, cet extrait de la page [1347] du jugement du juge Lamer, où celui-ci dit très clairement :

« Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ni même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. »

M<sup>ME</sup> ROBB : D’accord, votre Seigneurie . . . .

LA COUR : Voilà donc votre directive. Si vous ne vous y soumettez pas, il y aura des conséquences. [c.-à-d. l’annulation du procès] . . . .

Peu avant la fin de l’interrogatoire principal de M. Ottaway, le deuxième témoin à charge, l’avocate de la défense a exprimé certaines inquiétudes à l’égard de la décision du juge du procès et elle a soulevé la question de l’annulation du procès. En l’absence du jury, M<sup>me</sup> Robb a précisé qu’elle entendait continuer à parler de la thèse de la dette de drogue lors du contre-interrogatoire et elle a demandé l’assurance que, si le ministère public sollicitait l’annulation du procès, elle serait autorisée à s’adresser au tribunal. Le juge du procès a confirmé que la défense aurait cette possibilité et il a déclaré ceci :

[TRADUCTION] LA COUR : . . . Vous serez autorisée à poser toutes les questions que vous estimez pertinentes pour la défense de votre client, et je ne ferai qu’appliquer les règles de preuve si, plus tard au cours du procès, vous ne présentez pas la preuve de fond afin — qui, avec le recul, aurait justifié cette question et cette suggestion au témoin. Bon nous allons nous arrêter là. Nous allons rappeler le jury. Continuons le procès.

Je vous demande simplement, avant qu’ils n’entrent, M<sup>me</sup> Robb, de lire la décision de Monsieur le juge Darichuk, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba [*R. c. Evans* (1994), 93 Man. R. (2d) 77]. [ . . . ] Il dit très clairement :

« Le droit de contre-interroger emporte-t-il celui d’avancer des faits précis sans confirmation par l’avocat que les points mentionnés font ou feront partie de sa thèse et que des éléments de preuve seront produits à ce sujet? Je ne crois pas. »

La question du fondement de preuve requis au soutien de la thèse de la défense s’est de nouveau soulevée pendant le contre-interrogatoire de M. Ottaway. Pour éviter que le procès ne soit annulé au cas où l’avocate de la défense ne se conformerait

time to determine the nature of the facts that would in his view warrant defence counsel's proposed cross-examination. Ottaway and Lawson were called to testify.

On the *voir dire*, the trial judge asked who would call Lawson. Obviously resigned to the trial judge's treatment of *Howard*, defence counsel replied, "Well, if my friend is not gonna call Officer Lawson, I will."

The trial judge considered that Lawson's testimony would provide what he saw as the "substantive evidence" requirement. And it was on this basis that he ultimately permitted the defence to cross-examine Crown witnesses with respect to its "drug debt" theory.

After Ottaway's evidence, and once the jury was excused, the trial judge returned to the evidentiary basis for defence counsel's cross-examination:

THE COURT: Just before we leave. Apropos and flowing from my ruling with respect to cross-examination, Ms. Robb, I noticed [on] a number of occasions you put questions to this witness, 1) inquiring as to whether he'd seen a BMW in the driveway; 2) whether he checked the owners of all the cars that they took the license plates from; 3) with respect to whether they saw a Maxima in the driveway; 4) whether Ms. Veta Smith had any outstanding charges for importing and 5) suggesting that there were many other suspects . . . that they investigated. These are all questions of the same nature as the one that you wanted to ask with respect to the drug deal situation. I assume you are going to be leading evidence with regard to these various items or there will be evidence coming out. There was no objection taken by your friend and they are not, of course, as egregious or perhaps as important to your defence as the drug related thing and I've given you the latitude to ask those questions but, you have a tendency to ask questions, take a no answer. We wonder whether there will be evidence down the road to substantiate the finding of a BMW, for instance, in the driveway.

pas à sa décision, le juge du procès a tenu un second voir-dire afin de déterminer cette fois la nature des faits qui justifieraient à son avis le contre-interrogatoire projeté par l'avocate de la défense. MM. Ottaway et Lawson ont été appelés à témoigner.

Au cours du voir-dire, le juge du procès a demandé qui assignerait le détective Lawson. Manifestement résignée à la façon dont le juge du procès appliquait l'arrêt *Howard*, l'avocate de la défense a répondu ceci : [TRADUCTION] « Bien, si mon confrère n'assigne pas l'agent Lawson, je le ferai. »

Le juge du procès estimait que le témoignage du détective Lawson apporterait ce qu'il considérait comme la « preuve de fond » requise et c'est sur ce fondement qu'il a fini par permettre à la défense de contre-interroger les témoins à charge à propos de sa thèse fondée sur la dette de drogue.

Après le témoignage de M. Ottaway et une fois le jury retiré, le juge du procès est revenu sur la question du fondement de preuve requis au soutien du contre-interrogatoire mené par l'avocate de la défense :

[TRADUCTION] LA COUR : Avant de quitter. À propos de ma décision concernant le contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Robb, j'ai remarqué qu'à de nombreuses occasions vous avez posé à ce témoin des questions 1) lui demandant s'il avait vu une BMW dans l'entrée de l'immeuble, 2) s'il avait vérifié l'identité des propriétaires de tous les véhicules dont ils avaient relevé le numéro d'immatriculation, 3) s'ils avaient vu une Maxima dans l'entrée de l'immeuble, 4) si des accusations d'importation pesaient contre M<sup>me</sup> Veta Smith et 5) suggérant que beaucoup d'autres suspects [. . .] avaient fait l'objet d'une enquête. Ce sont toutes des questions de la nature de celle que vous vouliez poser au sujet de la [transaction] de drogue. Je présume que vous allez présenter des éléments de preuve concernant ces différents points ou que des éléments de preuve se feront jour. Aucune objection n'a été soulevée par votre confrère et ces points ne sont pas aussi sérieux ou peut-être pas aussi importants pour votre défense que la thèse de la drogue, et je vous ai donné la latitude nécessaire pour poser ces questions, mais vous avez tendance à poser des questions, et à vous contenter d'un non comme réponse. Nous nous demandons si vous présenterez des éléments de preuve qui, par exemple, confirmeront la présence d'une BMW dans l'entrée de l'immeuble.

28

29

30

MS. ROBB: Well, Your Honour, I got . . . [that from the Crown's disclosure].

THE COURT: Technically, under the Rule you can't simply leave that hanging as you have.

31 When defence counsel later advised the court that she wished to address the jury last and did not wish to be forced to forego this right by calling evidence, the trial judge stated:

THE COURT: . . . Madam, I'm going to ask you not to use that terminology again. The Crown is not forcing you to call Lawson. The reason I am suggesting you must call Lawson is because you committed to call Lawson freely during the course of a *voir dire* in which you won the day and your point prevailed to a great extent upon the commitment you made to the court that you would call Lawson so that you would have the opportunity to abide by the Howard principle that if you are going to cross-examine in this particular area you have to produce, as the Crown says, "the beef". [Emphasis added.]

32 Defence counsel then asked the trial judge to himself call Lawson as a witness in accordance with *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, but the judge refused to do so.

33 As a result, Lawson and Ganson were called by the defence, and the appellant lost his statutory right to address the jury last. On cross-examination by the Crown, Lawson and Ganson described their "drug debt" suppositions as initial theories or "hunches" which appeared, they said, to have been disproved by further police investigation.

34 The defence did not present any other evidence.

35 The appellant was convicted of robbery, assault causing bodily harm, kidnapping and possession of a dangerous weapon.

B. *Ontario Court of Appeal* (2002), 61 O.R. (3d) 97

36 On appeal to the Ontario Court of Appeal, the court found that the trial judge had erred in applying

M<sup>ME</sup> ROBB : Bien, votre Seigneurie, j'ai tiré [. . .] [cela de la preuve communiquée par le ministère public].

LA COUR : Techniquement, suivant la Règle, vous ne pouvez pas simplement laisser cette question en suspens comme vous l'avez fait.

Lorsque, plus tard, l'avocate de la défense a dit au tribunal qu'elle souhaitait s'adresser au jury en dernier et qu'elle ne voulait pas être obligée de renoncer à ce droit en produisant des éléments de preuve, le juge du procès a déclaré ceci :

[TRADUCTION] LA COUR : Madame, je vais vous demander de ne plus utiliser cette terminologie. Le ministère public ne vous oblige pas à assigner Lawson. La raison pour laquelle j'affirme que vous devez assigner Lawson est que vous vous êtes engagée de plein gré à l'assigner au cours d'un voir-dire où vous avez eu gain de cause, et votre argument a prévalu en grande partie parce que vous vous êtes engagée envers le tribunal à assigner Lawson, afin d'être en mesure de vous conformer au principe établi dans l'arrêt Howard qui requiert que, si vous entendez contre-interroger sur ce sujet en particulier, vous devez, comme le dit le ministère public, livrer « la marchandise ».

L'avocate de la défense a alors demandé au juge du procès de citer lui-même M. Lawson comme témoin, conformément à l'arrêt *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, mais le juge a refusé.

Par conséquent, MM. Lawson et Ganson ont été assignés par la défense et l'appellant a perdu le droit que lui reconnaît la loi de s'adresser au jury en dernier. Durant le contre-interrogatoire mené par le ministère public, MM. Lawson et Ganson ont présenté leurs hypothèses sur la « dette de drogue » comme étant des théories de départ ou des « intuitions » qui, ont-ils dit, se sont révélées non fondées lorsque la police a poussé son enquête.

La défense n'a présenté aucun autre élément de preuve.

L'appellant a été déclaré coupable de vol qualifié, de voies de fait causant des lésions corporelles, d'enlèvement et de possession d'arme dangereuse.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2002), 61 O.R. (3d) 97

L'appellant a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a estimé que le juge du procès avait

*Howard*, but that the verdict could be saved, and the appeal dismissed, by resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Delivering the judgment of the court, Carthy J.A. concluded (at para. 11) that the broad rule enunciated by Lamer J. (as he then was) in *Howard* had no application in the circumstances of this case as it was intended to apply only with respect to the cross-examination of expert witnesses:

Lamer J. could not have been intending to lay down a broad rule encompassing all forms of cross-examination and to be overruling well-established authorities of this court and others without referring to them. The implications of such a strict rule would pervade and restrict all traditional cross-examinations containing any element of speculation.

Carthy J.A. found, correctly in our view, that *Howard* did not overrule *R. v. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342 (Ont. C.A.), which stood for the principle that counsel can cross-examine on matters he or she may not be able to prove directly so long as counsel had a good faith basis for asking the question. He also referred to *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, and noted, at para. 19, that:

[T]he general rule is for a broad right of cross-examination unconstrained by direct relevance to issues and then a narrower right, but not a compulsion, to rebut with further evidence if the issue is not collateral.

The Court of Appeal held that the trial judge had erred in requiring defence counsel to undertake to call evidence to support her “drug debt” theory as a condition for permitting cross-examination on that subject.

The court was satisfied, however, that this error had occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal.

commis une erreur en appliquant l’arrêt *Howard*, mais que le verdict pouvait être maintenu et l’appel pouvait être rejeté en recourant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Prononçant le jugement de la Cour d’appel, le juge Carthy a conclu (au par. 11) que la règle générale énoncée par le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Howard* ne s’appliquait pas dans les circonstances de l’espèce, car cette règle ne visait que le contre-interrogatoire des témoins experts :

[TRADUCTION] Le juge Lamer ne saurait avoir eu l’intention d’établir une règle générale applicable à toutes les formes de contre-interrogatoire et d’écarter les précédents bien établis de notre cour et d’autres tribunaux sans les mentionner. Les incidences d’une règle aussi stricte s’étendraient à tous les contre-interrogatoires traditionnels comportant un élément de spéculation et en restreindraient la portée.

Le juge Carthy a estimé, à juste titre selon nous, que l’arrêt *Howard* n’écarterait pas l’arrêt *R. c. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342 (C.A. Ont.), lequel étaye le principe qu’un avocat peut contre-interroger le témoin sur des points qu’il n’est peut-être pas en mesure de prouver directement, pourvu qu’il pose ses questions en toute bonne foi. Il a aussi fait état de l’arrêt *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, et mentionné ceci, au par. 19 :

[TRADUCTION] [L]a règle générale reconnaît un large droit de contre-interroger qui n’est pas subordonné à une exigence de pertinence directe des questions avec les points en litige, puis un droit plus limité, qui n’est toutefois pas une obligation, de réfuter les dires du témoin par d’autres éléments de preuve s’il ne s’agit pas d’une question incidente.

La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en imposant à l’avocate de la défense, comme préalable au contre-interrogatoire relatif à sa thèse de la « dette de drogue », qu’elle s’engage à présenter des éléments de preuve au soutien de celle-ci.

Cependant, convaincue que cette erreur n’avait entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la Cour d’appel a débouté l’appelant.

37

38

39

40

IV. Discussion

41 As mentioned at the outset, the right of an accused to cross-examine prosecution witnesses without significant and unwarranted constraint is an essential component of the right to make a full answer and defence. See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608, *per* McLachlin J. (as she then was):

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution. . . . In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. [Emphasis added.]

42 In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. reviewed the relevant authorities and, at p. 663, explained why cross-examination plays such an important role in the adversarial process, particularly, though of course not exclusively, in the context of a criminal trial:

There can be no question of the importance of cross-examination. It is of essential importance in determining whether a witness is credible. Even with the most honest witness cross-examination can provide the means to explore the frailties of the testimony. For example, it can demonstrate a witness's weakness of sight or hearing. It can establish that the existing weather conditions may have limited the ability of a witness to observe, or that medication taken by the witness would have distorted vision or hearing. Its importance cannot be denied. It is the ultimate means of demonstrating truth and of testing veracity. Cross-examination must be permitted so that an accused can make full answer and defence. The opportunity to cross-examine witnesses is fundamental to providing a fair trial to an accused. This is an old and well-established principle that is closely linked to the presumption of innocence. See *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (Man. C.A.); *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (Man. C.A.); *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119 (Que. Q.B.); *R. v. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (Ont. C.A.).

43 Commensurate with its importance, the right to cross-examine is now recognized as being protected

IV. Analyse

Comme il a été mentionné au départ, le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. Voir l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) :

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. [. . .] Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. [Nous soulignons.]

Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a examiné la jurisprudence pertinente et, à la p. 663, il a expliqué pourquoi le contre-interrogatoire joue un rôle aussi important dans le processus de débat contradictoire, particulièrement — mais évidemment pas seulement — dans les procès criminels :

Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et de tester la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence. Voir les arrêts *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.); *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (C.A. Man.); *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163 (B.R. Qué.); et *R. c. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Ont.).

Vu son importance, le droit de contre-interroger est maintenant reconnu comme un droit protégé par

by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See *Osolin*, *supra*, at p. 665.

The right of cross-examination must therefore be jealously protected and broadly construed. But it must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value. See *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *Osolin*, *supra*.

Just as the right of cross-examination itself is not absolute, so too are its limitations. Trial judges enjoy, in this as in other aspects of the conduct of a trial, a broad discretion to ensure fairness and to see that justice is done — and seen to be done. In the exercise of that discretion, they may sometimes think it right to relax the rules of relevancy somewhat, or to tolerate a degree of repetition that would in other circumstances be unacceptable. See *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 925.

This appeal concerns the constraint on cross-examination arising from the ethical and legal duties of counsel when they allude in their questions to disputed and unproven facts. Is a good faith basis sufficient or is counsel bound, as the trial judge held in this case, to provide an evidentiary foundation for the assertion?

Unlike the trial judge, and with respect, we believe that a question can be put to a witness in cross-examination regarding matters that need not be proved independently, provided that counsel has a good faith basis for putting the question. It is not uncommon for counsel to believe what is in fact true, without being able to prove it otherwise than by cross-examination; nor is it uncommon for

l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir l'arrêt *Osolin*, précité, p. 665.

Le droit de contre-interroger doit donc être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il ne doit cependant pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante. Voir *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.); *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.); *Osolin*, précité.

Tout comme le droit de contre-interroger n'est pas lui-même absolu, les limites dont il est assorti ne le sont pas elles non plus. Le juge du procès jouit, à cet égard comme dans d'autres aspects de la conduite d'un procès, d'un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d'assurer l'équité de celui-ci et de voir à ce que justice soit rendue — et perçue comme l'ayant été. Il peut arriver que, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge estime approprié d'assouplir quelque peu les règles de la pertinence ou de tolérer un degré de répétition qui serait par ailleurs inacceptable dans d'autres circonstances. Voir *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 925.

Le présent pourvoi porte sur les contraintes que doivent respecter les avocats en raison de leurs obligations légales et déontologiques lorsque, en contre-interrogatoire, ils font allusion dans leurs questions à des faits contestés et non prouvés. La bonne foi de l'avocat est-elle suffisante ou ce dernier doit-il, comme a conclu le juge du procès en l'espèce, produire des éléments de preuve au soutien de ses affirmations?

En toute déférence, contrairement au juge du procès, nous croyons qu'il est possible de contre-interroger un témoin sur des points qui n'ont pas besoin d'être prouvés indépendamment, pourvu que l'avocat soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions. Il n'est pas inhabituel qu'un avocat prête foi à un fait qui est effectivement vrai, sans qu'il soit capable d'en faire la preuve autrement que par un

44

45

46

47

reticent witnesses to concede suggested facts — in the mistaken belief that they are already known to the cross-examiner and will therefore, in any event, emerge.

48

In this context, a “good faith basis” is a function of the information available to the cross-examiner, his or her belief in its likely accuracy, and the purpose for which it is used. Information falling short of admissible evidence may be put to the witness. In fact, the information may be incomplete or uncertain, provided the cross-examiner does not put suggestions to the witness recklessly or that he or she knows to be false. The cross-examiner may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition. The purpose of the question must be consistent with the lawyer’s role as an officer of the court: to suggest what counsel genuinely thinks possible on known facts or reasonable assumptions is in our view permissible; to assert or to imply in a manner that is calculated to mislead is in our view improper and prohibited.

49

In *Bencardino*, *supra*, at p. 347, Jessup J.A. applied the English rule to this effect:

. . . whatever may be said about the forensic impropriety of the three incidents in cross-examination, I am unable to say any illegality was involved in them. As Lord Radcliffe said in *Fox v. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017 at p. 1023:

An advocate is entitled to use his discretion as to whether to put questions in the course of cross-examination which are based on material which he is not in a position to prove directly. The penalty is that, if he gets a denial or some answer that does not suit him, the answer stands against him for what it is worth.

50

More recently, in *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, while recognizing the need for exceptional restraint in sexual assault cases,

contre-interrogatoire; il n’est pas non plus inhabituel qu’un témoin récalcitrant admette les faits qu’on lui suggère — croyant erronément que le contre-interrogateur les connaît déjà et que, en conséquence, leur existence va de toute façon être révélée.

Dans ce contexte, la « bonne foi » est fonction des renseignements dont dispose le contre-interrogateur, de l’opinion de celui-ci sur leur probable exactitude et du but de leur utilisation. Des renseignements qui ne constitueraient par ailleurs pas des éléments de preuve admissibles peuvent être présentés aux témoins. En fait, des renseignements peuvent avoir un caractère incomplet ou incertain, pourvu que le contre-interrogateur ne soumette pas au témoin des hypothèses qui soient inconsiderées ou qu’il sait être fausses. Le contre-interrogateur peut soulever toute hypothèse qu’il avance honnêtement sur la foi d’inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition. Le but de la question doit être compatible avec le rôle que joue l’avocat en tant qu’auxiliaire de justice : il est à notre avis permis à l’avocat de suggérer un fait qu’il considère sincèrement possible à la lumière de faits connus ou d’hypothèses raisonnables; il est toutefois inacceptable et interdit selon nous d’énoncer un fait ou de suggérer implicitement son existence dans le but de tromper.

Dans l’arrêt *Bencardino*, précité, p. 347, le juge Jessup de la Cour d’appel de l’Ontario a appliqué la règle anglaise sur la question :

[TRADUCTION] . . . indépendamment du caractère malséant des trois incidents survenus lors du contre-interrogatoire, il m’est impossible de conclure qu’ils ont quoi que ce soit d’illégal. Comme l’a dit lord Radcliffe dans l’arrêt *Fox c. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017, p. 1023 :

Un avocat dispose de la latitude voulue pour poser, en contre-interrogatoire, des questions reposant sur des éléments d’information qu’il n’est pas en mesure de prouver directement. Le prix à payer est que, s’il obtient une dénégation ou une réponse qui ne lui convient pas, cette réponse joue contre lui pour ce qu’elle vaut.

Plus récemment, dans l’arrêt *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, tout en reconnaissant l’exceptionnelle retenue dont doivent

Binnie J. reaffirmed, at paras. 121-22, the general rule that “in most instances the adversarial process allows wide latitude to cross-examiners to resort to unproven assumptions and innuendo in an effort to crack the untruthful witness . . .”. As suggested at the outset, however, wide latitude does not mean unbridled licence, and cross-examination remains subject to the requirements of good faith, professional integrity and the other limitations set out above (paras. 44-45). See also *Seaboyer, supra*, at p. 598; *Osolin, supra*, at p. 665.

A trial judge must balance the rights of an accused to receive a fair trial with the need to prevent unethical cross-examination. There will thus be instances where a trial judge will want to ensure that “counsel [is] not merely taking a random shot at a reputation imprudently exposed or asking a groundless question to waft an unwarranted innuendo into the jury box”. See *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948), at p. 481, *per* Jackson J.

Where a question implies the existence of a disputed factual predicate that is manifestly tenuous or suspect, a trial judge may properly take appropriate steps, by conducting a *voir dire* or otherwise, to seek and obtain counsel’s assurance that a good faith basis exists for putting the question. If the judge is satisfied in this regard and the question is not otherwise prohibited, counsel should be permitted to put the question to the witness.

Central to the trial judge’s ruling in this case was his understandable but mistaken view of *Howard*.

The Court of Appeal distinguished *Howard* on the basis that it applied only to expert witnesses.

faire montre les avocats dans les affaires d’agression sexuelle, le juge Binnie a réaffirmé, aux par. 121-122, la règle générale établissant « la grande latitude que, dans la plupart des cas, le processus contradictoire laisse aux contre-interrogateurs de recourir à des hypothèses et à des insinuations non prouvées pour tenter de désarçonner le témoin qui ment . . . ». Toutefois, comme il a été mentionné au départ, cette vaste latitude ne saurait être assimilée à la liberté d’action absolue et le contre-interrogatoire reste assujéti aux obligations de bonne foi et d’intégrité professionnelle ainsi qu’aux autres limites précisées plus tôt (par. 44-45). Voir également les arrêts *Seaboyer*, précité, p. 598, et *Osolin*, précité, p. 665.

Le juge du procès doit établir un juste équilibre entre le droit de l’accusé à un procès équitable et la nécessité d’empêcher la tenue d’un contre-interrogatoire contraire à l’éthique. Il surviendra en conséquence des cas où le juge du procès voudra s’assurer que [TRADUCTION] « l’avocat ne se contente pas simplement d’attaquer à l’aveuglette une réputation imprudemment compromise ou de poser une question non fondée afin de lancer une insinuation injustifiée à l’intention des jurés ». Voir *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948), p. 481, le juge Jackson.

Lorsqu’une question implique l’existence d’une assise factuelle contestée et manifestement fragile ou suspecte, le juge du procès peut à bon droit prendre les mesures qui s’imposent — soit en tenant un voir-dire soit autrement — pour obtenir de l’avocat l’assurance qu’il pose la question de bonne foi. Si les assurances données à cet égard satisfont le juge et que la formulation de la question n’est pas prohibée pour une autre raison, l’avocat devrait être autorisé à poser la question au témoin.

Un aspect central de la décision du juge du procès en l’espèce est l’interprétation, par ailleurs compréhensible mais erronée, qu’il a donnée de l’arrêt *Howard*.

La Cour d’appel a déclaré l’arrêt *Howard* inapplicable à l’espèce pour le motif que cette décision ne viserait que les témoins experts.

51

52

53

54

55 In our respectful opinion, the *ratio* of *Howard* has been misunderstood and misapplied. *Howard* dealt essentially with the admissibility of evidence. Unfortunately, the reasons of Lamer J. have been applied beyond their context and the record in this case leaves no doubt that a misapprehension of *Howard* weighed heavily on the trial of the appellant.

56 In *Howard*, the accused and his co-accused had been tried jointly and found guilty of first degree murder. The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in some respects and ordered a new trial. The co-accused pleaded guilty to second degree murder prior to the second trial. At the first trial, both the Crown and defence called footprint experts in order to establish or disprove, respectively, that the footprints found beside the body of the victim were those of the co-accused, a certain Trudel.

57 At the second trial, before the defence expert testified, the Crown sought the court's permission to ask the defence expert on cross-examination whether or not the fact that the co-accused had pleaded guilty to the murder and had accepted a statement of facts that put him at the scene of the crime would change the expert's opinion that the footprints were not those of the co-accused as he had testified at the first trial. The trial judge ruled that the Crown could ask the question. The defence chose not to call the expert.

58 The issue was whether or not the Crown was entitled to refer, in cross-examining the defence expert, to the guilty plea entered by the co-accused. It is in this context that *Howard* must be understood. The *ratio* of *Howard*, at p. 1348, is that counsel should not inject bias into the application of the witness's expertise by being told of, and asked to take into account, a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to "scientifically determine":

À notre humble avis, la *ratio decidendi* de l'arrêt *Howard* a été mal comprise et mal appliquée. Cet arrêt portait essentiellement sur l'admissibilité de la preuve. Malheureusement, les motifs du juge Lamer ont reçu une application débordant leur contexte et, en l'espèce, il ressort indubitablement du dossier que l'interprétation erronée de l'arrêt *Howard* a pesé lourd au procès de l'appelant.

Dans l'arrêt *Howard*, l'accusé et son coaccusé ont été jugés ensemble et reconnus coupables de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis certaines erreurs et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le coaccusé a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré avant le second procès. Au cours du premier procès, le ministère public et la défense ont tous deux cité des experts en empreintes de pieds, pour déterminer si les empreintes relevées près du corps de la victime étaient celles du coaccusé, un certain Trudel.

Au deuxième procès, avant que l'expert de la défense ne témoigne, le ministère public a sollicité du tribunal l'autorisation de demander à l'expert de la défense, en contre-interrogatoire, si le fait que le coaccusé avait plaidé coupable à l'accusation de meurtre et avait accepté un exposé des faits précisant qu'il se trouvait sur les lieux du crime modifiait l'opinion qu'il avait exprimée au premier procès, à savoir que les empreintes n'étaient pas celles du coaccusé. Le juge du procès a estimé que le ministère public pouvait poser la question. La défense a choisi de ne pas faire témoigner son expert.

Il s'agissait de décider si l'avocat du ministère public avait le droit de parler du plaidoyer de culpabilité du coaccusé au cours du contre-interrogatoire du témoin expert de la défense. C'est dans ce contexte que l'arrêt *Howard* doit être interprété. Selon la *ratio decidendi* de l'arrêt *Howard*, exprimée à la p. 1348, les avocats ne doivent pas influencer l'application par le témoin expert de ses connaissances spécialisées en lui communiquant un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'« établir scientifiquement » et en lui demandant de prendre ce fait en considération :

Experts assist the trier of fact in reaching a conclusion by applying a particular scientific skill not shared by the judge or the jury to a set of facts and then by expressing an opinion as to what conclusions may be drawn as a result. Therefore, an expert cannot take into account facts that are not subject to his professional expert assessment, as they are irrelevant to his expert assessment; *a fortiori*, as injecting bias into the application of his expertise, he should not be told of and asked to take into account such a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to scientifically determine. If the Crown experts had been told by the police when they were retained that Trudel had in fact confessed and that he acknowledged facts that established that it was his footprint, we would be left in doubt as to whether their conclusion is a genuine scientific conclusion. This is so because their expertise does not extend to Trudel's credibility, and what he admits to is totally irrelevant to what they were asked to do to help the Court, that is apply their scientific knowledge to the relevant "scientific facts", i.e., the moulds, etc.

Stated another way, the Crown should not have been authorized to ask the expert to take into account the co-accused's guilty plea or his adoption of the Crown's statement of facts. The Crown had not called the co-accused as a witness and as Lamer J. later pointed out, at p. 1349, "[a]t the next trial Trudel may be called, if the Crown so chooses, to testify to these facts that would tend to prove that [the expert] was wrong in his conclusion."

The source of the confusion in *Howard* may originate in the following remarks by Lamer J., at p. 1347:

The fact that Trudel had pleaded guilty and had acknowledged that the footprint was his was not at the time the question intended to be put to the expert, and was not going to become, a fact adduced in evidence; nor was it a fact that could fairly be inferred from the facts in evidence. It is not open to the examiner or cross-examiner to put as a fact, or even a hypothetical fact, that which is not and will not become part of the case as admissible evidence. [Emphasis added.]

The question that the Crown proposed to put to the expert in *Howard* would have circumvented the

Les experts aident le juge des faits à arriver à une conclusion en appliquant à un ensemble de faits des connaissances scientifiques particulières, que ne possèdent ni le juge ni le jury, et en exprimant alors une opinion sur les conclusions que l'on peut en tirer. Par conséquent, un expert ne peut pas tenir compte de faits qui ne sont pas soumis à son examen à titre d'expert professionnel, car ils n'ont pas de rapport avec son examen d'expert; à fortiori, on ne devrait pas lui communiquer ni lui demander de prendre en considération un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'établir scientifiquement car cela fausserait l'expertise elle-même. Si les policiers avaient dit aux experts de la poursuite, lorsqu'on avait retenu leurs services, que Trudel avait avoué et qu'il reconnaissait les faits qui établissaient qu'il s'agissait de ses empreintes de pieds, il nous faudrait nous demander si leur conclusion est vraiment scientifique. Il en est ainsi parce que leur domaine d'expertise ne s'étend pas à la crédibilité de Trudel et que ce qu'il a admis n'a absolument rien à voir avec ce qu'on leur a demandé de faire pour aider la Cour, c'est-à-dire d'appliquer leurs connaissances scientifiques aux « faits scientifiques » pertinents, à savoir les moules, etc.

Autrement dit, le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à demander à l'expert de prendre en considération le plaidoyer de culpabilité du coaccusé ou le fait que ce dernier avait souscrit à l'exposé des faits du ministère public. Celui-ci n'avait pas cité le coaccusé comme témoin et, comme le juge Lamer l'a ensuite souligné à la p. 1349, « [d]ans le cadre du nouveau procès, le ministère public peut, s'il le souhaite, appeler Trudel à témoigner sur les faits qui tendraient à prouver que [l'expert] s'est trompé dans sa conclusion. »

Les remarques suivantes du juge Lamer, à la p. 1347 de l'arrêt *Howard*, pourraient être à l'origine de la confusion :

Le fait que Trudel avait plaidé coupable et avait reconnu que les empreintes de pieds étaient les siennes n'était pas un fait présenté en preuve à l'époque où l'on voulait poser la question à l'expert et n'allait pas le devenir par la suite. Ce n'était pas non plus un fait qu'on pouvait vraiment déduire des faits soumis en preuve. Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ni même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. [Nous soulignons.]

Dans l'arrêt *Howard*, la question que le ministère public se proposait de poser à l'expert lui aurait

59

60

61

rules of evidence. Trudel had not testified and his guilty plea was not adduced in evidence. The question and answer were irrelevant to the validity of the expert's opinion and therefore inadmissible. There is a crucial difference between questions put on cross-examination that relate to and rely on inadmissible evidence and cross-examination on unproven facts. See P. M. Brauti, "Improper Cross-Examination" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69, at p. 91.

permis de contourner les règles de preuve. Trudel n'avait pas témoigné et son plaidoyer de culpabilité n'était pas soumis en preuve. La question et la réponse étaient sans rapport avec la validité de l'opinion de l'expert et elles étaient par conséquent inadmissibles. Il existe une différence fondamentale entre le fait de poser, en contre-interrogatoire, des questions qui portent et reposent sur des éléments de preuve inadmissibles et le fait de contre-interroger un témoin sur des faits non établis. Voir P. M. Brauti, « Improper Cross-Examination » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69, p. 91.

62 Rather than confining *Howard* to the admissibility of evidence as Finlayson J.A. did in *R. v. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295 (C.A.), at p. 310, trial and appellate courts, as illustrated in this appeal, have not infrequently interpreted *Howard* as standing for a broad proposition that restricts cross-examination to questions based on facts established in evidence. See *R. v. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241 (C.A.), at paras. 44-50; *R. v. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314 (C.A.), at paras. 9-10.

Au lieu de restreindre l'arrêt *Howard* à l'admissibilité de la preuve, ainsi que l'a fait le juge Finlayson dans l'arrêt *R. c. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295 (C.A.), p. 310, il est arrivé assez fréquemment, comme en témoigne le présent pourvoi, que des tribunaux de première instance et d'appel tirent de cet arrêt la proposition générale voulant que les seules questions autorisées en contre-interrogatoire soient celles portant sur les faits étayés par la preuve. Voir *R. c. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241 (C.A.), par. 44-50; *R. c. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314 (C.A.), par. 9-10.

63 The conclusion that *Howard* mandates or authorizes the requirement of an evidentiary foundation for every factual suggestion put to a witness (expert or not) in cross-examination is misplaced. *Howard* cannot be invoked for this purpose. It is unlikely that the Court intended to add an evidentiary requirement to the foundation for cross-examination and thus limit the scope of cross-examination which had been developed by the long history of the common law and accompanying jurisprudence. *Howard* therefore cannot be accepted as an authority beyond the *ratio* of that case which concerned the admissibility of certain evidence.

La conclusion selon laquelle l'arrêt *Howard* a pour effet d'exiger, ou de permettre au tribunal d'exiger, un fondement de preuve à l'égard de chaque fait soumis à un témoin (expert ou non) en contre-interrogatoire est injustifiée. Cet arrêt ne peut être invoqué au soutien d'une telle proposition. Il est peu probable que la Cour ait voulu ajouter un fardeau de preuve aux exigences déjà applicables au contre-interrogatoire et ainsi limiter la portée de celui-ci, portée qui avait évolué au fil de la longue histoire de la common law et de la jurisprudence pertinente. On ne saurait donc accepter que l'arrêt *Howard*, qui portait sur l'admissibilité de certains éléments de preuve, fasse autorité au-delà de sa *ratio decidendi*.

64 The trial judge also made reference to the case of *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.), as support for the proposition that an evidentiary foundation is required for questions put in cross-examination. He was mistaken. The rule in *Browne v. Dunn* requires counsel to give notice to those witnesses whom the

Le juge du procès a aussi invoqué l'arrêt *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.), pour étayer la proposition selon laquelle il est nécessaire de présenter un fondement de preuve à l'égard des questions posées en contre-interrogatoire. Il a fait erreur. La règle établie dans *Browne c. Dunn* oblige l'avocat à

cross-examiner intends later to impeach. The rationale for the rule was explained by Lord Herschell, at pp. 70-71:

Now, my Lords, I cannot help saying that it seems to me to be absolutely essential to the proper conduct of a cause, where it is intended to suggest that a witness is not speaking the truth on a particular point, to direct his attention to the fact by some questions put in cross-examination showing that that imputation is intended to be made, and not to take his evidence and pass it by as a matter altogether unchallenged, and then, when it is impossible for him to explain, as perhaps he might have been able to do if such questions had been put to him, the circumstances which it is suggested indicate that the story he tells ought not to be believed, to argue that he is a witness unworthy of credit. My Lords, I have always understood that if you intend to impeach a witness you are bound, whilst he is in the box, to give him an opportunity of making any explanation which is open to him; and, as it seems to me, that is not only a rule of professional practice in the conduct of a case, but is essential to fair play and fair dealing with witnesses. Sometimes reflections have been made upon excessive cross-examination of witnesses, and it has been complained of as undue; but it seems to me that a cross-examination of a witness which errs in the direction of excess may be far more fair to him than to leave him without cross-examination, and afterwards to suggest that he is not a witness of truth, I mean upon a point on which it is not otherwise perfectly clear that he has had full notice beforehand that there is an intention to impeach the credibility of the story which he is telling.

The rule, although designed to provide fairness to witnesses and the parties, is not fixed. The extent of its application is within the discretion of the trial judge after taking into account all the circumstances of the case. See *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at pp. 781-82; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 954-57. In any event, the foregoing rule in *Browne v. Dunn* remains a sound principle of general application, though irrelevant to the issue before the trial judge in this case.

prévenir les témoins dont il entend mettre en doute la crédibilité ultérieurement. La justification de cette règle a été expliquée ainsi par lord Herschell, aux p. 70-71 :

[TRADUCTION] Bien, vos Seigneuries, je ne peux m'empêcher d'affirmer qu'il m'apparaît absolument essentiel au déroulement régulier d'une instance, lorsqu'un avocat entend suggérer qu'un témoin ne dit pas la vérité sur un point en particulier, d'attirer l'attention de ce témoin sur ce fait en lui posant en contre-interrogatoire certaines questions indiquant qu'on fera cette imputation, et non d'accepter son témoignage et d'en faire abstraction comme s'il était absolument incontesté puis, lorsqu'il lui est impossible d'expliquer — ce qu'il aurait peut-être pu faire si ces questions lui avaient été posées — les circonstances qui, prétend-on, montrent que sa version des faits ne doit pas être retenue, de soutenir qu'il n'est pas un témoin digne de foi. Vos Seigneuries, il m'a toujours semblé que l'avocat qui entend mettre en doute le témoignage d'une personne doit, lorsque cette personne se trouve à la barre des témoins, lui donner l'occasion d'offrir toute explication qu'elle est en mesure de présenter. De plus, il me semble qu'il ne s'agit pas seulement d'une règle de pratique professionnelle dans la conduite d'une affaire, mais également d'une attitude essentielle pour agir de façon loyale envers les témoins. On souligne parfois le caractère excessif du contre-interrogatoire auquel un témoin est soumis, reprochant à ce contre-interrogatoire d'être abusif. Toutefois, il me semble qu'un contre-interrogatoire mené par un avocat péchant par excès de zèle peut se révéler beaucoup plus équitable pour le témoin que le fait de ne pas le contre-interroger puis de suggérer qu'il ne dit pas la vérité, je veux dire sur un point à l'égard duquel il n'est par ailleurs pas clair qu'il a été pleinement informé au préalable qu'on entendait mettre en doute la crédibilité de sa version des faits.

Bien qu'elle vise à faire en sorte que les témoins et les parties soient traités équitablement, cette règle n'a pas un caractère absolu. La mesure dans laquelle elle est appliquée est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire. Voir *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 781-782; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 954 et 957. Quoi qu'il en soit, la règle susmentionnée établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* demeure un principe valable d'application générale, bien qu'elle ne soit pas pertinente pour la question dont était saisi le juge du procès en l'espèce.

66

As long as counsel has a good faith basis for asking an otherwise permissible question in cross-examination, the question should be allowed. In our view, no distinction need be made between expert and lay witnesses within the broad scope of this general principle. Counsel, however, bear important professional duties and ethical responsibilities, not just at trial, but on appeal as well. This point was emphasized by Lord Reid in *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.), at pp. 227-28, when he said:

Every counsel has a duty to his client fearlessly to raise every issue, advance every argument, and ask every question, however distasteful, which he thinks will help his client's case. But, as an officer of the court concerned in the administration of justice, he has an overriding duty to the court, to the standards of his profession, and to the public, which may and often does lead to a conflict with his client's wishes or with what the client thinks are his personal interests. Counsel must not mislead the court, he must not lend himself to casting aspersions on the other party or witnesses for which there is no sufficient basis in the information in his possession, he must not withhold authorities or documents which may tell against his clients but which the law or the standards of his profession require him to produce. . . . [Emphasis added.]

67

By requiring an evidentiary foundation on the basis of *Howard*, the trial judge erred in law. Over the course of the two *voir dire*s the existence of a good faith basis for the defence's "drug debt" theory had, in any event, become apparent. This basis included, but was not limited to, the police reports, the complainant Barnaby's drug conviction, his admission at the preliminary hearing that he had dealt in drugs, and the drug conviction of the complainant's acquaintance who drove him to the alleged scene of the attack.

Pourvu que l'avocat agisse de bonne foi lorsqu'il pose en contre-interrogatoire une question par ailleurs admissible, cette question devrait être autorisée. À notre avis, il n'est pas nécessaire d'établir de distinction entre les témoins experts et les témoins profanes à l'intérieur du vaste cadre de ce principe général. Toutefois, les avocats sont assujettis à d'importantes obligations professionnelles et déontologiques, non seulement au cours du procès mais aussi en appel. Lord Reid a souligné l'importance de ce point dans l'arrêt *Rondel c. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.), p. 227-228, lorsqu'il a dit ceci :

[TRADUCTION] Tout avocat a envers son client l'obligation de ne pas hésiter à soulever tout point, à faire valoir tout argument et à poser toute question — aussi répugnante que puisse être cette intervention — qui selon lui aide la cause de son client. Cependant, en tant qu'officier de justice soucieux de l'intérêt de l'administration de la justice, il a envers le tribunal, les normes de sa profession et le public une obligation primordiale qui peut entrer en conflit et qui dans bien des cas entre effectivement en conflit avec les désirs d'un client ou avec ce que le client estime être ses intérêts personnels. L'avocat ne doit pas induire le tribunal en erreur, il ne doit pas se permettre de lancer des accusations contre l'autre partie ou les témoins sans avoir en sa possession les renseignements suffisants pour les étayer, il ne doit pas cacher de la jurisprudence ou des documents qui pourraient être défavorables à ses clients, mais que le droit ou les normes de sa profession l'obligent à déposer. . . [Nous soulignons.]

Le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant, sur la base de l'arrêt *Howard*, la production d'un fondement de preuve. De toute façon, l'existence de la bonne foi requise pour justifier la présentation de la thèse de la dette de drogue était ressortie clairement au cours des deux *voir dire*s. Parmi les éléments étayant cette bonne foi, mentionnons les rapports de police, la déclaration de culpabilité figurant au dossier du plaignant Barnaby pour une affaire de drogue et son aveu, à l'enquête préliminaire, qu'il avait vendu de la drogue et la déclaration de culpabilité pour une affaire de drogue prononcée contre la personne — une connaissance du plaignant — qui l'avait conduit sur les lieux présumés de l'agression.

## V. Conclusion

In order to determine whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error, an appellate court must determine "whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made". See *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

In *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, at p. 144, the Ontario Court of Appeal recognized that the importance of cross-examination becomes even more critical when credibility is the central issue in the trial:

In a case where the guilt or innocence of the [accused] largely turned on credibility, it was a serious error to limit the [accused] of his substantial right to fully cross-examine the principal Crown witness. It would not be appropriate in the circumstances to invoke or apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) [now s. 686(1)(b)(iii)].

The Manitoba Court of Appeal echoed these sentiments in *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, at p. 311:

Cross-examination is a most powerful weapon of the defence, particularly when the entire case turns on credibility of the witnesses. An accused in a criminal case has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as he does not abuse that right. Any improper interference with the right is an error which will result in the conviction being quashed.

It follows that where, as here, a trial judge improperly interfered with an accused's right to cross-examine, infused a mistrial chill into the proceedings, and placed conditions on a legitimate line of questioning that forfeited the accused's statutory right to address the jury last, a substantial wrong occurred and an unfair trial resulted.

This alone is sufficient to dispose of the appeal in the appellant's favour.

## V. Conclusion

Afin de déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, la cour d'appel saisie de la question doit se demander « s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question ». Voir *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617.

Dans l'arrêt *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, p. 144, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que le contre-interrogatoire revêt une importance plus cruciale encore lorsque la crédibilité est la question centrale du procès :

[TRADUCTION] Dans une affaire où la culpabilité ou l'innocence de l'[accusé] dépendait largement de la question de la crédibilité, ce fut une grave erreur que de priver l'[accusé] de son droit fondamental de contre-interroger pleinement le principal témoin de la poursuite. Il ne serait pas approprié dans les circonstances d'invoquer ou d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) [maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)].

La Cour d'appel du Manitoba a fait écho à cette opinion dans l'arrêt *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, p. 311 :

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un outil très puissant à la disposition de la défense, particulièrement lorsque toute l'affaire repose sur la crédibilité des témoins. Dans un procès criminel, l'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce au sens le plus complet et le plus large du terme, pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Toute limitation irrégulière de ce droit constitue une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la déclaration de culpabilité.

Il s'ensuit que dans les cas où, comme en l'espèce, le juge du procès a limité irrégulièrement le droit de l'accusé de contre-interroger, a fait peser la menace d'annulation du procès et a subordonné la présentation d'une série de questions légitimes au respect de conditions qui ont eu pour effet de faire perdre à l'accusé le droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier, un tort important a été causé et un procès inéquitable en a résulté.

Cette conclusion justifie à elle seule de trancher le pourvoi en faveur de l'appellant.

68

69

70

71

72

73 Moreover, we are not convinced that, in the absence of the trial judge's error, there is no "reasonable possibility that the verdict would have been different". See *Bevan, supra*, at p. 617.

74 In our respectful view, it would be wrong in these circumstances to apply the curative proviso.

75 We would instead allow the appeal and order a new trial.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Pinkofskys, Toronto.*

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

En outre, nous ne sommes pas convaincus qu'il n'existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent » en l'absence de l'erreur commise par le juge du procès. Voir l'arrêt *Bevan*, précité, p. 617.

À notre humble avis, il serait erroné dans les circonstances d'appliquer la disposition réparatrice.

Au contraire, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Pinkofskys, Toronto.*

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