

Joseph Edward Titus *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16283.

1982: October 14; 1983: March 1.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Cross-examination of Crown witness — Trial judge erred in precluding questions concerning witness' outstanding indictment — Whether error a substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Appellant, who was convicted of second degree murder, put forward several allegations on appeal, among them, that the trial judge erred in precluding cross-examination by the defence of a Crown witness with respect to an outstanding murder charge preferred against that witness by the same police department that had laid the present charge against the appellant. The Court of Appeal, applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*, dismissed the appeal.

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

Cross-examination of a Crown witness concerning an outstanding indictment against that witness is proper and admissible for the purpose of showing a possible motivation to seek favour with the prosecution. Here, the trial judge erred in precluding defence counsel from pursuing this line of questioning. The provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could not be applied to this case. It could not be said with the necessary degree of finality that, without that error, the jury as reasonable men, could not have done otherwise than find the appellant guilty.

Colpitts v. The Queen, [1965] S.C.R. 739, considered; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481, distinguished; *R. v. Miller and Cockriell* (1976), 24 C.C.C. (2d) 401, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing appellant's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal allowed.

Joseph Edward Titus *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 16283.

1982: 14 octobre; 1983: 1^{er} mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Wilson.

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

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire d'un témoin de la poursuite — Erreur commise par le juge du procès en interdisant des questions concernant une accusation pesant sur le témoin — L'erreur constitue-t-elle un tort important ou une erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b(iii).

L'appellant, qui a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré, a notamment allégué en appel que le juge du procès avait commis une erreur en empêchant la défense de contre-interroger un témoin de la poursuite relativement à une accusation de meurtre portée contre lui par le corps policier qui avait porté contre l'appellant l'accusation présentement en cause. La Cour d'appel, appliquant le sous-al. 613(1)b(iii) du *Code*, a rejeté l'appel.

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

Le contre-interrogatoire d'un témoin de la poursuite relativement à une accusation criminelle qui pèse contre ce témoin est bien fondé et recevable aux fins d'établir un motif que ce témoin pourrait avoir de chercher à obtenir la faveur de la poursuite. Ici, le juge du procès a commis une erreur en empêchant l'avocat de la défense de procéder à cet interrogatoire. Les dispositions du sous-al. 613(1)b(iii) du *Code criminel* ne s'appliquent pas en l'espèce. On ne peut dire de façon absolue que, sans cette erreur, les jurés n'auraient pu raisonnablement faire autrement que de trouver l'appellant coupable.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; distinction faite avec l'arrêt *Koufis v. The King*, [1941] R.C.S. 481; arrêt mentionné: *R. v. Miller and Cockriell* (1976), 24 C.C.C. (2d) 401.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel de l'appellant contre une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

Alan D. Gold, for the appellant.

David Watt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing the appeal of the appellant from his conviction of the offence of second degree murder entered after a trial held before Mr. Justice Osler sitting with a jury at the assizes of the Supreme Court of Ontario at Ottawa on a charge that he

... on or about the 3rd day of February, 1978, at the City of Ottawa in the said Judicial District, did unlawfully kill one Douglas Castle and thereby committed first degree murder, contrary to the form of the Criminal Code of Canada, Section 218.

The reasons for judgment from which this appeal is taken are to be found in the following "Disposition" endorsed on the Notice of Appeal by Jessup, J.A. on behalf of the Court of Appeal:

DISPOSITION OF APPEAL

We would dismiss the appeal for the reasons argued in the Respondents [*sic*] factum, and in particular that the verdict was reasonable and that any errors in the admission or exclusion of evidence caused no substantial wrong or miscarriage of justice.

Initially some inconvenience was occasioned in this Court by reason of the fact that the respondent's factum was not included in the material submitted and formed no part of the Case on Appeal; however, with the co-operation of the Court of Appeal for Ontario, it was found that the submissions made here on behalf of the respondent were virtually identical with those submitted in "The respondents [*sic*] factum" to which Jessup, J.A. referred and it was apparent that the central points at issue as described in the factum of the appellant in this Court were:

Whether the learned trial judge erred in precluding defence cross-examination of a Crown witness concerning an outstanding charge of murder against the witness.

Alan D. Gold, pour l'appelant.

David Watt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi, interjeté avec l'autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre de la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre lui à l'issue d'un procès devant le juge Osler et un jury aux assises de la Cour suprême de l'Ontario, à Ottawa, sur l'accusation d'avoir

[TRADUCTION] ... le 3 février 1978 ou vers cette date, dans la ville d'Ottawa dans ledit district judiciaire, tué Douglas Castle et d'avoir ainsi perpétré un meurtre au premier degré contrairement à l'article 218 du Code criminel du Canada.

Les motifs de l'arrêt attaqué en l'espèce se trouvent dans le «Jugement» suivant rédigé à l'endos de l'avis d'appel par le juge Jessup au nom de la Cour d'appel:

[TRADUCTION]

JUGEMENT

Nous sommes d'avis de rejeter l'appel pour les motifs exposés au mémoire de l'intimée, et en particulier pour le motif que le verdict est raisonnable et que les erreurs relatives à la recevabilité ou à l'exclusion de la preuve n'ont pas causé un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Au début, cette Cour a été gênée parce que le mémoire de l'intimée n'était pas inclus dans les documents produits et ne faisait pas partie du dossier d'appel; cependant, avec la collaboration de la Cour d'appel de l'Ontario, il est apparu que les moyens invoqués en l'espèce au nom de l'intimée étaient pratiquement identiques à ceux qu'exposait le «mémoire de l'intimée» dont fait mention le juge Jessup, et il appert que les principaux points en litige énoncés au mémoire de l'appelant en cette Cour sont:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur en empêchant la défense de contre-interroger un témoin de la poursuite relativement à une accusation de meurtre portée contre lui et non encore jugée?

Whether the learned trial judge erred in not granting a motion for a directed verdict on the charge as laid at the close of the Crown's case prior to calling on the defence to call evidence, or alternatively erred in not amending the charge from first to second degree murder at that point.

Whether the learned trial judge erred in failing to caution the jury of the danger of acting on the uncorroborated evidence of the disreputable witnesses Miehm and Assaly.

Whether the Court of Appeal for Ontario erred in applying Section 613(1)(b)(iii) in the circumstances.

The question of whether or not any of the errors alleged to have been made by the learned trial judge are such as to warrant this appeal being decided in favour of the appellant is of course to be considered in light of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* which provides that:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

This section falls to be considered in light of the decision of this Court in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, which was carefully considered in the Court of Appeal for British Columbia in *R. v. Miller and Cockriell* (1976), 24 C.C.C. (2d) 401 where Robertson J.A. wrote the principal judgment of the court and particular reference was made to the judgment of Spence J. at p. 755 of the *Supreme Court of Canada Report* where he said:

Therefore, this Court must apply the test set out in the aforesaid cases and, to quote again from *Brooks v. The King* [(1927), 48 C.C.C. 333 at p. 358, [1928] 1 D.L.R. 268 at p. 271, [1927] S.C.R. 633]:

. . . the onus was upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur en rejetant, à la fin de la preuve de la poursuite et avant d'inviter la défense à faire sa preuve, une requête visant à obtenir un verdict commandé à l'égard de l'accusation telle que portée ou, à titre subsidiaire, a-t-il commis une erreur en refusant à ce moment-là de modifier l'accusation de meurtre au premier degré à celle de meurtre au deuxième degré?

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de mettre le jury en garde contre le danger de se prononcer en fonction de dépositions non corroborées des témoins peu dignes de foi Miehm et Assaly?

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle appliqué de façon erronée le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) dans les circonstances?

La question de savoir si une des erreurs reprochées au savant juge du procès justifie de trancher le présent pourvoi en faveur de l'appelant doit être examinée en regard du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* qui prévoit:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité . . . la cour d'appel

b) peut rejeter l'appel, si

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Cet article doit être examiné à la lumière de l'arrêt de cette Cour, *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a soigneusement examiné dans l'arrêt *R. v. Miller and Cockriell* (1976), 24 C.C.C. (2d) 401, dans lequel le juge Robertson a rendu le jugement principal et a mentionné en particulier les motifs du juge Spence à la p. 755 du *Recueil de la Cour suprême du Canada* où il dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks v. The King* [(1927), 48 C.C.C. 333 à la p. 358, [1928] 1 D.L.R. 268 à la p. 271, [1927] R.C.S. 633]:

. . . il incombe au ministère public de convaincre la cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils

not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

I think it desirable to deal with the above issues in the order in which they are presented.

The first issue has to do with the evidence of the Crown witness Miehm and the validity or otherwise of the ruling made by Mr. Justice Osler precluding his being cross-examined relating to an outstanding indictment preferred against him in a different case and not disposed of at the time of the Titus trial.

It is not by any means impossible that the jury's verdict might have been affected if they had known the facts of Miehm's background and the motive which it afforded him to favour the prosecution's case. The burden lies upon the Crown to prove that the verdict would necessarily have been the same, and I cannot say with any finality that that would have been so had Osler J. permitted the cross-examination on Miehm's pending trial for another murder. The judge's ruling in this regard reads as follows:

In this matter, a witness called by the Crown has been examined-in-chief and has admitted to a number of prior convictions. On cross-examination, Counsel for the accused now wishes to ask the witness whether he is not, at this time, facing a serious criminal charge laid against him by the same police department that laid the charge now before the Court and faced by Mr. Titus.

While there appears to be no direct authority on the point, by analogy with the well-known decision in *Koufas vs. The King* [*sic*] it seems to me it would be wrong to expose the witness to such a question. Within the discretion of a trial judge, it is virtually never permitted to Counsel to cross-examine with respect to charges laid or pending but not finally dealt with. Section 12(1) of the Evidence Act is clear authority for the way in which previous convictions may be put to a witness and, treating the matter completely at large, it seems to me that, conviction having been dealt with in the section, it was not the intention of Parliament that a charge should expose a witness to the same procedure. To request such questions would be to run directly contrary to the practice governed by the basic presumption that all persons are innocent until proved guilty, and the prejudicial effect with respect to the witness

auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que de trouver l'appelant coupable.

J'estime souhaitable d'aborder les questions ci-dessus dans l'ordre dans lequel elles se présentent.

La première question porte sur la déposition du témoin de la poursuite Miehm et sur la validité de la décision du juge Osler d'interdire de le contre-interroger relativement à une accusation qui pesait contre lui dans une autre affaire encore pendante au moment du procès de Titus.

Il n'est pas du tout impossible que le verdict des jurés ait pu être différent s'ils avaient connu les faits concernant les antécédents de Miehm et le motif que cela lui donnait de favoriser les arguments de la poursuite. Il incombe à la poursuite d'établir que le verdict aurait nécessairement été le même, et je ne puis dire avec certitude que c'est ce qui se serait produit si le juge Osler avait permis le contre-interrogatoire concernant la poursuite pendante contre Miehm pour un autre meurtre. La décision du juge à cet égard se lit ainsi:

[TRADUCTION] En l'espèce, lors de l'interrogatoire principal, un témoin cité par la poursuite a admis plusieurs condamnations antérieures. En contre-interrogatoire, l'avocat de l'accusé veut maintenant demander au témoin s'il ne fait pas actuellement l'objet d'une grave accusation criminelle portée par le corps policier qui a porté l'accusation dont M. Titus doit répondre en l'espèce.

Bien qu'il paraisse n'y avoir aucune jurisprudence précise sur ce point, je suis d'avis que, par analogie avec l'arrêt *Koufas v. The King* (*sic*), il serait injuste de poser cette question au témoin. Selon le pouvoir discrétionnaire qu'exerce le juge du procès, il n'est pratiquement jamais permis de faire porter un contre-interrogatoire sur des accusations portées ou pendantes qui n'ont pas été jugées en dernier ressort. Le paragraphe 12(1) de la Loi sur la preuve prévoit clairement la façon d'interroger le témoin sur ses condamnations antérieures, et, si j'envisage la question globalement, il me semble que, puisque cet article parle de la déclaration de culpabilité, le Parlement n'a pas voulu imposer au témoin la même procédure à l'égard d'une accusation. Permettre que ces questions soient posées irait directement à l'encontre de la pratique que régit la présomption fondamentale que toute personne est innocente tant qu'elle n'a pas été

might be very considerable. As a matter of logic, it cannot properly be stated that the laying of a charge affects the character of a witness, and it would not, in my view, be proper to investigate such an occurrence in the present circumstances. I should add that the charge laid is said to be in no way related to the offence now before the Court, or to the events surrounding that offence.

The questions may not at this stage be put to the witness.

The case of *Koufis*, to which the learned trial judge was obviously referring, is reported in [1941] S.C.R. 481 and is concerned with the cross-examination of the accused in relation to prior convictions and it has no relevance to the position of a Crown witness other than the accused. It should furthermore be observed that s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* is concerned with examination of a witness relating to previous convictions. It is to be remembered that in the present case Miehm was neither an accused nor was it proposed to question him concerning a previous conviction but rather to inquire as to his having been indicted although not yet tried. In this regard I am satisfied that the appellant was on sound ground in submitting that cross-examination of a Crown witness concerning an outstanding indictment against that witness is proper and admissible for the purpose of showing a possible motivation to seek favour with the prosecution.

I think it essential to stress the purpose for which the cross-examination is permitted, namely, in order that the defence may explore to the full all factors which might expose the frailty of the evidence called by the prosecution. That the accused as he stands in the prisoner's box on trial for murder is deemed to be innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt is one of the fundamental presumptions inherent in the common law and as such the accused is entitled to employ every legitimate means of testing the evidence called by the Crown to negative that presumption and in my opinion this includes the right to explore all circumstances capable of indicating that any of the prosecution witnesses had a motive

déclarée coupable, et le préjudice causé au témoin pourrait être très considérable. En toute logique, on ne peut affirmer à bon droit qu'une accusation a une influence sur la moralité d'un témoin et, à mon avis, il serait injuste de faire enquête sur un cas de ce genre dans les circonstances en l'espèce. Je tiens à ajouter qu'on dit que l'accusation n'a aucun rapport avec l'infraction dont la Cour est saisie ou avec les événements relatifs à cette infraction.

Les questions ne doivent pas être posées au témoin à cette étape.

L'arrêt *Koufis*, auquel se reportait de toute évidence le savant juge du procès, est publié à [1941] R.C.S. 481; il se rapporte au contre-interrogatoire de l'accusé relativement à des déclarations de culpabilité antérieures et ne s'applique aucunement à la situation d'un témoin de la poursuite autre que l'accusé. Il faut en outre remarquer que le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* se rapporte à l'interrogatoire d'un témoin concernant des déclarations de culpabilité antérieures. Il faut se rappeler qu'en l'espèce, Miehm n'était pas un accusé et qu'on ne cherchait pas à l'interroger relativement à une condamnation antérieure, mais plutôt à demander s'il avait été accusé même s'il n'avait pas encore été jugé. À cet égard, je suis convaincu que l'appelant a eu raison de faire valoir que le contre-interrogatoire d'un témoin de la poursuite relativement à une accusation criminelle qui pèse contre lui est juste et recevable aux fins d'établir un motif que ce témoin pourrait avoir de chercher à être dans les bonnes grâces de la poursuite.

J'estime primordial de souligner le but pour lequel le contre-interrogatoire est permis: il faut que la défense puisse rechercher à fond les facteurs susceptibles de mettre à jour la fragilité de la preuve de la poursuite. L'accusé qui se trouve au banc des prisonniers dans un procès pour meurtre est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée hors de tout doute raisonnable; c'est là une des présomptions fondamentales inhérentes à la *common law*; c'est ce qui permet à l'accusé d'employer tous les moyens légitimes pour tester la preuve que présente la poursuite pour renverser cette présomption, et cela comprend, à mon avis, le droit d'examiner toutes les situations susceptibles d'indiquer qu'un des témoins de la poursuite a un

for favouring the Crown. In my opinion the outstanding indictment preferred against the witness by the same police department that had laid the present charge against Titus constitutes such a circumstance and accordingly I am of opinion that the learned trial judge did indeed err in precluding defence counsel from pursuing this line of questioning.

As to the second issue raised by the appellant concerning the alleged error of the trial judge in failing to grant the appellant's motion for a directed verdict, I am of opinion that this was indeed an error which might have affected the appellant's decision to call no evidence at the close of the Crown's case, but any such error was corrected in the final address to the jury by the trial judge which included the following direction:

Counsel have put it to you, and I formally instruct you as a matter of law, that there could be no conviction for first degree murder in this case.

I should say also as to the third alleged error that I cannot find the verdict to have been affected by any failure of the trial judge to further caution the jury as to the danger of acting on the uncorroborated evidence of Miehm and Assaly. This is not an end of the matter however, as the first error remains outstanding and in my view it cannot be said with the necessary degree of finality that if the judge had not erred in failing to permit the cross-examination of Miehm the jury, as reasonable men, could not have done otherwise than find the accused guilty.

With the greatest respect for the Court of Appeal, I am accordingly of opinion that this is not a case to which the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* are applicable.

It follows that I would allow this appeal on the first issue and direct that a new trial be held.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: Alan D. Gold, Toronto.

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

motif de favoriser la poursuite. À mon avis, l'accusation criminelle qui pèse contre le témoin et qu'a déposée le corps policier qui a porté l'accusation contre Titus en l'espèce constitue une de ces situations et, en conséquence, je suis d'avis que le savant juge du procès a commis une erreur en empêchant l'avocat de la défense de procéder à cet interrogatoire.

Quant à la deuxième question que soulève l'appelant relativement à l'erreur qu'aurait commise le juge du procès en rejetant la requête de l'appelant visant à obtenir un verdict commandé, je suis d'avis qu'il s'agit certes là d'une erreur susceptible d'influencer la décision de l'appelant de n'offrir aucune preuve à la fin de la preuve de la poursuite, mais cette erreur a été corrigée dans l'exposé final du juge du procès au jury qui comportait la directive suivante:

[TRADUCTION] L'avocat de la défense vous a dit, et je le confirme de façon absolue en droit, qu'il ne peut y avoir en l'espèce une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

Je dois dire également, quant à la troisième erreur reprochée au juge du procès, que je ne puis conclure que le verdict est entaché d'un vice parce que le juge du procès a omis de mettre le jury en garde contre le danger de se prononcer sur la foi des témoignages non corroborés de Miehm et d'Assaly. Cela ne dispose pas de l'affaire cependant puisque la première erreur n'est pas corrigée et, à mon avis, on ne peut dire de façon absolue que si le juge n'avait pas commis une erreur en interdisant de contre-interroger Miehm, les jurés n'auraient pu raisonnablement faire autrement que de trouver l'accusé coupable.

Avec égards envers la Cour d'appel, je suis en conséquence d'avis que cette affaire ne justifie pas le recours aux dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi quant à la première question et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelant: Alan D. Gold, Toronto.

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