

Edward Martin Fanjoy *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17172.

1985: January 25; 1985: October 10.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Errors at trial — Trial judge failing to limit cross-examination of accused and misdirecting jury on alibi defence — Errors prejudicial to accused — Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable to uphold conviction — Criminal Code, s. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

The Court of Appeal dismissed appellant's appeal against his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. Because of the strength of the Crown's circumstantial case against the appellant, the Court of Appeal applied the proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to uphold the conviction despite its findings (1) that the Crown's cross-examination of appellant dealing with his previous sexual conduct was improper and "could only unfairly prejudice the appellant" and (2) that the trial judge's direction with respect to appellant's alibi evidence was wrong and also prejudicial to him. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred in the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to uphold the conviction. The proviso of s. 613(1)(b)(iii) applies only where a court of appeal is of the opinion that on the ground of a wrong decision on a question of law an appeal might be decided in favour of the appellant, and where it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Here, the trial judge's failure to limit the cross-examination was an error of mixed law and fact and, accordingly, the conviction could not be saved by the application of the proviso. Having found that the abusive cross-examination was unfairly prejudicial to the appellant, the Court of Appeal should have allowed the appeal on the basis that there had been a

Edward Martin Fanjoy *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17172.

1985: 25 janvier; 1985: 10 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain.

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

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreurs du juge du procès — Omission de limiter le contre-interrogatoire de l'accusé et directives erronées quant à la défense d'alibi — Erreurs préjudiciables à l'accusé — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code pour confirmer la déclaration de culpabilité — Code criminel, art. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. À cause de la force de la preuve circonstancielle du ministère public contre l'appellant, la Cour d'appel a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité malgré ses conclusions selon lesquelles (1) le contre-interrogatoire de l'appellant par le ministère public portant sur sa conduite sexuelle antérieure était inapproprié et «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appellant» et (2) les directives du juge du procès relatives à la preuve d'alibi de l'appellant étaient erronées et causaient un préjudice à l'appellant. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) ne s'applique que lorsqu'une cour d'appel estime que, étant donné une décision erronée sur une question de droit, l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, mais qu'elle estime également qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En l'espèce, l'omission du juge du procès de limiter le contre-interrogatoire constitue une erreur mixte de fait et de droit et, par conséquent, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue par l'application de la disposition. La Cour d'appel, ayant conclu que le contre-interrogatoire abusif portait injustement préjudice à

miscarriage of justice under s. 613(1)(a)(iii) of the *Code*.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 156, 157, 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, dated June 2, 1982, dismissing the accused's appeal from his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Clayton C. Ruby, for the appellant.

Susan G. Ficek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal against the judgment of the Ontario Court of Appeal, dated June 2, 1982, which dismissed the appellant's appeal against his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. The appeal was dismissed by the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* after findings that the cross-examination of the appellant by Crown counsel at trial "could only unfairly prejudice the appellant", and that an error in charging the jury to the effect that "mere disbelief in the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself" was wrong and was prejudicial to the accused.

The appellant was charged with committing an act of gross indecency with one Kenneth Jodoin, contrary to s. 157 of the *Criminal Code*, and with indecent assault on Kenneth Jodoin, contrary to s. 156 of the *Code* (since repealed). He was tried at Hamilton before His Honour Judge Clare and a jury and convicted on both counts. His appeal to the Court of Appeal (Jessup, Brooke and Cory J.J.A.) was allowed in part. The conviction under s. 156 of the *Code* was quashed but the appeal against the gross indecency conviction under s. 157 was dismissed.

l'appelant, aurait dû accueillir l'appel en vertu du sous-al. 613(1)(a)(iii) du *Code* pour le motif qu'il s'est produit une erreur judiciaire.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 156, 157, 613(1)(a)(iii), b(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, en date du 2 juin 1982, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant.

Susan G. Ficek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi est interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, en date du 2 juin 1982, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. L'appel a été rejeté en application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* après qu'on eut conclu que le contre-interrogatoire de l'appelant par le substitut du procureur général lors du procès [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant» et qu'une directive du juge au jury selon laquelle [TRADUCTION] «le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même» était erronée et portait préjudice à l'accusé.

L'appelant a été accusé d'avoir commis un acte de grossière indécence avec un nommé Kenneth Jodoin, contrairement à l'art. 157 du *Code criminel* et d'avoir attenté à la pudeur de Kenneth Jodoin contrairement à l'art. 156 du *Code* (abrogé depuis lors). Il a subi son procès à Hamilton devant le juge Clare et un jury et a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation. Son appel à la Cour d'appel (les juges Jessup, Brooke et Cory) a été accueilli en partie. La déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 156 du *Code* a été annulée mais l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de grossière indécence en contravention de l'art. 157 a été rejeté.

On May 27, 1981, the complainant was attacked in his apartment at about 1:00 a.m. He had been undergoing hormone treatment in preparation for what was described as a "sex-change operation", and was dressed as, and had assumed the appearance of, a woman. He was planning to leave his apartment when he heard a motor vehicle stop in front of the building. He saw a man, whom he later identified as the appellant, enter the building. The man asked Jodoin for a beer. The complainant said he had no beer, but at the visitor's request he allowed entry to his apartment because the visitor wished to use the washroom. When in the apartment the visitor attacked the complainant. There was a struggle and a forced act of fellatio by the complainant. The assailant then left.

There was evidence of identification of the appellant, including evidence relating to his clothing, and also evidence identifying the licence number of the motor vehicle which was correct to within one digit of the licence number of the appellant's vehicle. There was, as found by the Court of Appeal, a very strong circumstantial case against the appellant. The appellant gave evidence on his own behalf. He denied having been the attacker and swore he was not at the complainant's apartment building on that occasion though he had visited another tenant of the block on another occasion. He gave an account of his movements on the night in question, which placed him elsewhere than the scene of the crime and which was supported by witnesses called on his behalf. The jury, having heard all the evidence, clearly disbelieved the appellant and convicted him.

During the trial, Crown counsel (not counsel on this appeal) conducted a repetitive and improper cross-examination of the appellant. The trial judge interfered on two occasions cautioning Crown counsel but did not prevent the continuation of the examination. Evidence of previous sexual conduct of the appellant unrelated to the offence charged had been admitted as part of the Crown's case. The Court of Appeal considered that its admission was improper. The cross-examination dealt exten-

Le 27 mai 1981, vers une heure du matin, le plaignant a été attaqué dans son appartement. Il suivait un traitement hormonal préparatoire à ce qui a été décrit comme une «opération de transformation sexuelle»; il était habillé en femme et en avait pris l'apparence. Il allait sortir de son appartement lorsqu'il a entendu un véhicule s'arrêter devant l'immeuble. Il a vu un homme, qu'il a par la suite identifié comme l'appelant, entrer dans l'immeuble. L'homme a demandé à Jodoin de lui donner une bière. Le plaignant a dit qu'il n'avait pas de bière mais, à la demande du visiteur, il lui a permis d'entrer dans son appartement parce qu'il désirait utiliser les toilettes. Une fois dans l'appartement, le visiteur a attaqué le plaignant. Il y a eu une bagarre et le plaignant a été forcé d'exécuter un acte de fellation. L'agresseur a alors quitté les lieux.

Des éléments de preuve relativement à l'identité de l'appelant ont été présentés, y compris des éléments relatifs à ses vêtements et également des éléments identifiant la plaque du véhicule qui correspondait à un chiffre près au numéro de la plaque du véhicule de l'appelant. Il y avait, comme l'a conclu la Cour d'appel, une preuve circonstancielle très forte contre l'appelant. L'appelant a témoigné pour son propre compte. Il a nié avoir été l'attaquant et a déclaré sous serment qu'il ne se trouvait pas dans l'immeuble du plaignant à ce moment-là, bien qu'il ait rendu visite à un autre locataire de l'immeuble à un autre moment. Il a fait état de ses déplacements au cours de la nuit en question, qui le situaient ailleurs que sur la scène du crime et qui étaient appuyés par des témoins qu'il avait cités. Le jury, après avoir entendu toute la preuve, a clairement refusé de croire l'appelant et l'a déclaré coupable.

Au cours du procès, le substitut du procureur général (qui n'est pas l'avocat dans le présent pourvoi) a contre-interrogé l'appelant de façon répétitive et inappropriée. Le juge du procès est intervenu à deux reprises pour avertir le substitut sans toutefois l'empêcher de continuer l'interrogatoire. Des éléments de preuve relatifs à la conduite sexuelle antérieure de l'appelant, non reliés à l'infraction dont il était accusé, ont été admis dans le cadre de la preuve à charge. La Cour d'appel a

sively with that evidence. The appellant was challenged to explain away or account for the evidence of Crown witnesses, and it is apparent from a reading of the transcript that the appellant became upset and emotionally disturbed by the constant repetition of questions which he had already answered. These facts appear to have led the court to interfere. The Court of Appeal was of the view that the cross-examination was improper. Brooke J.A., with whom Cory J.A. agreed, after noting that the case for the defence depended on the jury's view of the evidence of the appellant and his witnesses to his alibi, said:

As to the cross-examination, while the evidence led in the cross-examination was to some extent relevant to show that the appellant was in the building where the complainant resides and at the hour that she says that he was there, it went too far when the appellant's sexual conduct on another occasion was introduced in the cross-examination and, in particular, when Crown counsel persisted in this regard over the accused's denial. Crown counsel sought and was permitted to lead that evidence which was not really relevant to the issue and could only unfairly prejudice the appellant. Nothing further need be said about the misdirection that mere disbelief in the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself. This Court has dealt with such matters on a number of other occasions. The direction was wrong and, of course, was prejudicial to the accused.

He concluded because of the strength of the Crown's circumstantial case it was a proper case for the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

In this Court it was contended by the appellant that the application of the proviso was improper and that it constituted reversible error. It was contended that the impropriety of the cross-examination raised at most a question of mixed law and fact and, accordingly, it could not be the subject of the application of the proviso. Furthermore, the error found by the Court of Appeal to be "unfairly prejudicial", even if considered an error of law, was not such an error that the proviso should have been applied. The Crown argued that

jugé que cette admission était abusive. Le contre-interrogatoire portait en grande partie sur cette preuve. L'appelant a été mis au défi de se justifier ou de se disculper face aux dépositions des témoins à charge et, à la lecture des notes sténographiques, il ressort que l'appelant a été bouleversé et perturbé émotionnellement par la répétition constante de questions auxquelles il avait déjà répondu. Ces faits paraissent avoir incité la cour à intervenir. La Cour d'appel a estimé que le contre-interrogatoire était inapproprié. Le juge Brooke, avec l'appui du juge Cory, après avoir fait remarquer que la preuve de la défense dépendait de l'opinion que le jury s'était faite des dépositions de l'appelant et de ses témoins relativement à son alibi, a dit:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au contre-interrogatoire, bien que les éléments de preuve présentés dans le contre-interrogatoire soient dans une certaine mesure utiles pour démontrer que l'appelant se trouvait dans l'immeuble où réside la plaignante et à l'heure à laquelle elle dit qu'il s'y trouvait, il est allé trop loin lorsqu'il a introduit en contre-interrogatoire la conduite sexuelle de l'appelant à une autre occasion et, en particulier, lorsque le substitut a persisté à cet égard malgré le démenti de l'accusé. Le substitut a cherché à présenter cet élément de preuve qui n'était pas réellement pertinent à l'égard de la question et ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant et on lui a permis de le faire. Il n'y a rien d'autre à ajouter au sujet de la directive erronée selon laquelle le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même. Cette Cour a déjà traité de ces questions à plusieurs reprises. La directive était erronée et, évidemment, portait préjudice à l'accusé.

Il a conclu que, à cause de la force de la preuve circonstancielle du ministère public, l'affaire se prêtait à l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*.

Devant cette Cour, l'appelant a soutenu que l'application de la disposition n'était pas appropriée et qu'elle constituait une erreur donnant lieu à cassation. Il a soutenu que le caractère abusif du contre-interrogatoire soulevait tout au plus une question mixte de droit et de fait et que, par conséquent, on ne pouvait lui appliquer la disposition. En outre, l'erreur dont la Cour d'appel a dit qu'elle portait [TRADUCTION] «injustement préjudice» même si elle est considérée comme une erreur de droit, n'était pas telle qu'elle commande-

the impugned cross-examination viewed in the context of the admissibility of evidence did raise a question of law, and one to which the proviso could apply. It was also argued that, apart from questions of admissibility of evidence, the impugned cross-examination could raise questions concerning the fairness of the proceedings. The nature or manner in which cross-examination is conducted does not necessarily raise a question of law to which the proviso may apply, but does raise an issue whether a miscarriage of justice has occurred under s. 613(1)(a)(iii). However, the Court of Appeal, it was said, made no error in law in holding that there had been no miscarriage of justice.

The relevant portions of s. 613 of the *Criminal Code* are set out hereunder:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(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;

The proviso may be applied by the Court of Appeal only where it has formed the opinion that the appeal might be decided in favour of the appellant because of a wrong decision on a question of law, and where it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. This is clear from the wording of the statute and, indeed, was accepted by the Crown in its factum.

rait l'application de la disposition. Le ministère public a soutenu que le contre-interrogatoire contesté, considéré dans le contexte de l'admissibilité de la preuve, soulevait bien une question de droit à laquelle la disposition pouvait s'appliquer. Il a également soutenu que, outre les questions d'admissibilité de la preuve, le contre-interrogatoire contesté pouvait soulever des questions relatives à l'équité des procédures. La nature du contre-interrogatoire ou la manière dont il a été mené ne soulève pas nécessairement une question de droit à laquelle peut s'appliquer la disposition, mais soulève en fait la question de savoir s'il y a eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)a)(iii). Toutefois, on a dit que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'elle a jugé qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire.

Les parties pertinentes de l'art. 613 du *Code criminel* sont les suivantes:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

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'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

La Cour d'appel ne peut appliquer la disposition que lorsqu'elle est d'avis que l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant à cause d'une décision erronée sur une question de droit et lorsqu'elle est également d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. C'est ce qui ressort clairement du texte de la loi et, en fait, ce qui a été accepté par le ministère public dans son mémoire.

The errors at trial were enumerated by Jessup J.A. in his short judgment "for the judge's future guidance". They were stated to be that:

- (1) He charged the jury that mere disbelief of the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself.
- (2) He permitted evidence of the appellant's sexual conduct unrelated to this offence, although it was not similar fact evidence and he permitted the Crown to cross-examine on that evidence.
- (3) The trial judge erred when he said to the jury "It is your duty to give the benefit of the doubt to the accused, but having done so, to convict if you believe guilt is established."

Points (1) and (3) are errors of law. Point (2) is the error on which the appellant bases the principle part of his argument. The appellant raises two propositions. He argues, firstly, that the Court of Appeal has found that the abusive cross-examination was unfairly prejudicial to the appellant. The Court of Appeal should, therefore, have allowed the appellant's appeal on the basis that there had been a miscarriage of justice under s. 613(1)(a)(iii). The application of the proviso, it was argued, was reversible error because the Court of Appeal had no power to apply the proviso unless an error of law could be shown. The error in permitting the abusive cross-examination was, at most, one of mixed law and fact and, accordingly, the conviction could not be saved by the application of the proviso. Secondly, the appellant contended that, even if the error with respect to the cross-examination could be considered to be an error of law, it was of such a nature that the Court of Appeal erred in applying the proviso to dismiss the appeal.

Was the failure of the trial judge to restrain the abusive cross-examination an error of law? Of course, a legal element was involved in the decision which faced the trial judge. The question of admissibility of evidence is a question of law. Crown counsel has a right in law to cross-examine the accused and, accordingly, to deny that right or unduly limit it raises considerations of law. There

Le juge Jessup a énuméré les erreurs commises lors du procès dans son bref jugement [TRADUCTION] «à titre d'indication pour le juge». Ce sont les suivantes:

^a [TRADUCTION]

- (1) Il a exposé au jury que le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même.
- (2) Il a admis la preuve de la conduite sexuelle de l'appellant qui ne se rapportait pas à la présente infraction, bien qu'il ne s'agissait pas d'une preuve de faits similaires et il a permis au ministre public de contre-interroger à cet égard.
- (3) Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a dit au jury «Vous avez l'obligation de donner le bénéfice du doute à l'accusé mais, lorsque vous l'avez fait, de le déclarer coupable si vous croyez que la culpabilité est établie.»

^d Les points (1) et (3) sont des erreurs de droit. Le point (2) est l'erreur sur laquelle l'appellant fonde la principale partie de sa plaidoirie. L'appellant soulève deux arguments. En premier lieu, il soutient que la Cour d'appel a jugé que le contre-interrogatoire abusif portait injustement préjudice à l'appellant. Par conséquent, la Cour d'appel aurait dû accueillir son appel sur le fondement qu'il y avait eu erreur judiciaire en vertu du sous-al. 613(1)a(iii). Il soutient que l'application de la disposition constitue une erreur donnant lieu à cassation parce que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'appliquer la disposition à moins qu'une erreur de droit ne puisse être démontrée. L'erreur que constitue l'autorisation du contre-interrogatoire abusif est, tout au plus, une erreur mixte de fait et de droit et, par conséquent, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue par l'application de la disposition. En second lieu, l'appellant soutient que, même si l'erreur relative au contre-interrogatoire peut être considérée comme une erreur de droit, elle est d'une telle nature que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la disposition pour rejeter l'appel.

Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en n'empêchant pas le contre-interrogatoire abusif? Évidemment, la décision à laquelle le juge du procès était confronté comportait un élément juridique. La question de l'admissibilité de la preuve est une question de droit. Le substitut du procureur général est autorisé en droit à contre-interroger l'accusé et, par conséquent, lui refuser

are, however, limits to the extent of the cross-examination and the manner in which it may be conducted, and there is always a discretion in the trial judge and a duty to confine the cross-examination within proper limits. There is, of course, no doubt that in cross-examination in criminal cases, particularly where questions of credibility of witnesses are in issue, a wide latitude is accorded to counsel and too fine a line should not be drawn to confine or limit a detailed and searching inquiry into the matters raised by the evidence given by the accused and other witnesses. The discretion to intervene in a cross-examination must, of course, be exercised judicially. Its exercise does not rest on legal considerations alone, but will depend as well on the facts and circumstances in each case, and will not be determined by the simple application of a fixed rule of law. The decision to exercise the discretion to intervene in cross-examination, or to refrain from intervention, is one involving considerations of both law and fact and cannot be said to be a question of law alone. Each case will depend on its own circumstances, and no doubt there will frequently be difficulty in deciding from case to case whether the point has arrived in a cross-examination where the trial judge should intervene. It is in this case abundantly clear, however, that that point was reached and passed. The trial judge was obviously concerned at the course the cross-examination was taking. He did intervene on at least two occasions to caution counsel and to attempt to restrict counsel within proper limits, but this did not affect the cross-examination in any significant way. That he was in error in this regard was found by the Court of Appeal and it was noted by Brooke J.A. that it "could only unfairly prejudice the appellant".

The Court of Appeal, despite its finding of prejudice, relied on the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It applied the proviso to dismiss the appeal. In this, it is my view that they were in error. Section 613(1)(b)(iii) permits of the application of the proviso only where it is of the opinion that on the ground of a wrong decision on a question of law an appeal

ce droit ou le restreindre indûment soulève des considérations de droit. Toutefois, il y a des limites à l'étendue du contre-interrogatoire et à la manière dont il peut être mené; le juge du procès possède toujours un pouvoir discrétionnaire et l'obligation de maintenir le contre-interrogatoire dans des limites acceptables. Évidemment, il n'y a aucun doute que lors de contre-interrogatoires dans des affaires criminelles, particulièrement lorsque des questions de crédibilité des témoins sont en cause, le procureur dispose d'une grande latitude et il ne faudrait pas tracer une frontière trop précise pour restreindre ou limiter un interrogatoire détaillé et rigoureux sur des points soulevés dans les dépositions de l'accusé et d'autres témoins. Le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans un contre-interrogatoire doit, il va sans dire, être exercé avec discernement. Son exercice ne repose pas seulement sur des considérations juridiques, mais dépend également des faits et des circonstances de chaque affaire et ne sera pas déterminé par la simple application d'une règle de droit établie. La décision d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans un contre-interrogatoire comporte des considérations de droit et de fait et on ne peut dire qu'il s'agit seulement d'une question de droit. Chaque affaire dépendra de ses propres circonstances et il sera sans doute fréquemment difficile de décider d'une affaire à l'autre si, dans un contre-interrogatoire, on est parvenu au point où le juge du procès devrait intervenir. Toutefois, en l'espèce, il est évident que ce point a été atteint et même dépassé. Le juge du procès était manifestement préoccupé par le déroulement du contre-interrogatoire. Il est intervenu à au moins deux reprises pour mettre en garde le substitut et pour tenter de le garder dans des limites appropriées, mais cela n'a eu aucun effet important sur le contre-interrogatoire. La Cour d'appel a conclu qu'il avait commis une erreur à cet égard et le juge Brooke a fait remarquer que cela [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appellant».

Tout en concluant au préjudice, la Cour d'appel s'est fondée sur les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Elle a appliqué la disposition pour rejeter l'appel. À cet égard, je suis d'avis qu'elle a commis une erreur. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) ne peut s'appliquer que lorsque la cour estime que, étant donné une décision erronée sur une question de droit, l'appel pourrait être décidé

might be decided in favour of the appellant, but it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Here no error of law alone is relied upon, and the error in failing to limit the cross-examination may not be relieved against by the application of the proviso. Prejudicial error had been found and the appellant, in my view, was entitled to have the court consider whether the appeal should have been allowed under the provisions of s. 613(1)(a)(iii) of the *Code* on the ground that a miscarriage of justice had occurred.

I find it impossible to conclude that no miscarriage of justice occurred as a result of the appellant's cross-examination. A person charged with the commission of a crime is entitled to a fair trial according to law. Any error which occurs at trial that deprives the accused of that entitlement is a miscarriage of justice. It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact. However, I am not able to say that an error which, in the words of Brooke J.A., "could only unfairly prejudice", would not by itself cause a miscarriage of justice. It would be wholly inconsistent with a finding of unfair prejudice in a trial to find, nonetheless, that no miscarriage of justice occurred. In my opinion, the Court of Appeal, having found as it did, ought to have allowed the appeal under s. 613(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*. For these reasons, s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* could not influence the decision and further exploration of that section in dealing with the second or alternative argument raised by the appellant is unnecessary.

I would allow the appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

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

en faveur de l'appellant, mais qu'elle estime également qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En l'espèce, on ne s'est pas fondé sur une erreur de droit seulement et on ne peut, par l'application de la disposition, corriger l'erreur qui résulte de l'omission de limiter le contre-interrogatoire. On a conclu qu'il y avait eu une erreur causant un préjudice et, à mon avis, l'appellant avait le droit d'exiger que la cour examine la question de savoir si l'appel aurait dû être accueilli en vertu des dispositions du sous-al. 613(1)a)(iii) du *Code* pour le motif qu'il s'est produit une erreur judiciaire.

J'estime qu'il est impossible de conclure que le contre-interrogatoire de l'appellant n'a entraîné aucune erreur judiciaire. Une personne qui est accusée d'un crime a droit à un procès équitable selon la loi. Toute erreur qui se produit au cours du procès et qui prive l'accusé de ce droit constitue une erreur judiciaire. On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait. Toutefois, je ne peux pas dire qu'une erreur qui, selon les termes du juge Brooke [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice» ne serait pas en elle-même une erreur judiciaire. Il serait tout à fait incompatible avec une conclusion selon laquelle il y a eu un préjudice injuste dans un procès que de conclure néanmoins qu'il ne s'est produit aucune erreur judiciaire. À mon avis, la Cour d'appel ayant conclu comme elle l'a fait aurait dû accueillir l'appel en vertu du sous-al. 613(1)a)(iii) du *Code criminel*. Pour ces motifs, le sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code* ne peut pas avoir d'effet sur la décision et il est inutile d'examiner plus avant cet article dans le contexte du second argument de l'appellant ou argument subsidiaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

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