

Victor Samaniego *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SAMANIEGO

2022 SCC 9

File No.: 39440.

2021: November 5; 2022: March 25.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Trial — Evidence — Admissibility — Cross-examination — Intervention by trial judge — Scope of trial management power — Curtailment of four lines of questioning by trial judge during cross-examination of Crown witness by accused's counsel — Whether trial judge's rulings were proper exercise of trial management power — Whether trial judge erred in curtailing cross-examination — If so, whether curative proviso applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

In August 2015, the accused and his co-accused went to a nightclub. The security guard allowed the co-accused into the club, as the two were good friends. However, the security guard denied the accused entrance because the accused had threatened him at the club on a prior occasion. Later in the evening, the police were called about a gun at the club. They arrested the accused and co-accused for possession of a loaded restricted firearm. The accused was eventually convicted of the charge by a jury.

Victor Samaniego *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAMANIEGO

2022 CSC 9

N° du greffe : 39440.

2021 : 5 novembre; 2022 : 25 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Procès — Preuve — Admissibilité — Contre-interrogatoire — Intervention par la juge du procès — Portée du pouvoir de gestion de l'instance — Quatre lignes d'interrogatoire restreintes par la juge du procès durant le contre-interrogatoire d'un témoin de la Couronne par l'avocate de l'accusé — Les décisions de la juge du procès étaient-elles le fruit d'un exercice approprié du pouvoir de gestion de l'instance? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

En août 2015, l'accusé et son coaccusé se sont rendus dans une boîte de nuit. Le gardien de sécurité a autorisé le coaccusé à entrer, puisqu'ils étaient de bons amis. Cependant, il a refusé l'accès à l'accusé parce que ce dernier l'avait menacé à une autre occasion à la boîte de nuit. Plus tard durant la soirée, les policiers ont été appelés relativement à la présence d'une arme à feu à cet endroit. Les policiers ont arrêté l'accusé et le coaccusé pour possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée. En définitive, l'accusé a été déclaré coupable du chef d'accusation par un jury.

At the accused's trial, the Crown relied heavily on the security guard's testimony in support of its position that both accused had the gun in their possession at some point in the evening. The security guard testified that: the accused became angry at him when he barred him from entering the club, threatened him and showed him a gun in his waistband; the co-accused came out of the club and defused the situation by taking the gun away from the accused; and then the co-accused went back into the club, came out, dropped the gun in front of the security guard and picked it back up.

The accused's defence was that his co-accused had sole possession of the gun. He sought to impeach the security guard's credibility, arguing that the security guard implicated him to protect his co-accused, who was the security guard's good friend.

In the course of the cross-examination of the security guard by the accused's counsel designed to undermine the security guard's credibility, the trial judge made a number of rulings curtailing lines of questioning. Four of these rulings formed part of the accused's appeal from conviction to the Court of Appeal and form the basis of the accused's appeal before the Court. They pertained to the following lines of questioning: (1) whether there was a cocaine transaction between the co-accused and the security guard; (2) whether the security guard was scared at any time during the incident; (3) whether the security guard refused to identify the two accused; and (4) who dropped the gun and who picked it up. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, finding that the rulings were an exercise of the trial judge's trial management power and revealed no error. The dissenting judge, however, found evidentiary errors in all four rulings and would have ordered a new trial.

Held (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: Three of the impugned rulings were free from error. The fourth ruling was erroneous in part; however, the curative proviso applies, as it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

The trial management power allows trial judges to control the process of their court and ensure that trials proceed in an effective and orderly fashion. This power

Durant le procès de l'accusé, la Couronne s'est largement appuyée sur le témoignage du gardien de sécurité pour fonder sa position que les deux accusés ont eu l'arme en leur possession à un moment donné durant la soirée. Le gardien de sécurité a affirmé que l'accusé s'est mis en colère contre lui lorsqu'il lui a refusé l'accès à la boîte de nuit, qu'il l'a menacé et lui a montré une arme à feu qu'il portait à la ceinture; que le coaccusé est sorti de la boîte de nuit et a désamorcé la situation en s'emparant de l'arme à feu que détenait l'accusé; et que le coaccusé est ensuite retourné à l'intérieur, avant de ressortir, de laisser tomber l'arme à feu devant le gardien de sécurité, et de la ramasser.

Pour sa défense, l'accusé a soutenu que son coaccusé a été le seul à avoir l'arme à feu en sa possession. Il a cherché à miner la crédibilité du gardien de sécurité, faisant valoir que celui-ci l'a impliqué pour protéger son coaccusé, qui était un bon ami du gardien de sécurité.

Durant le contre-interrogatoire du gardien de sécurité mené par l'avocate de l'accusé et conçu pour miner la crédibilité de ce témoin, la juge du procès a pris un grand nombre de décisions qui ont restreint les lignes d'interrogatoire. Quatre de ces décisions ont fondé en partie l'appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel et sont à la base de son pourvoi devant la Cour. Ces décisions portaient sur les questions de savoir (1) s'il y avait eu une transaction de cocaïne entre le coaccusé et le gardien de sécurité; (2) si le gardien de sécurité avait eu peur à quelque moment que ce soit durant l'incident; (3) si le gardien de sécurité avait refusé d'identifier les deux accusés; (4) qui avait laissé tomber l'arme à feu et qui l'avait ramassée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel, concluant que les décisions étaient le fruit de l'exercice du pouvoir de gestion de l'instance de la juge du procès et n'étaient entachées d'aucune erreur. Le juge dissident a conclu pour sa part à des erreurs quant à la preuve dans les quatre décisions, et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal : Trois des décisions contestées étaient exemptes d'erreur. La quatrième décision était en partie erronée; toutefois, la disposition réparatrice s'applique puisque cette décision n'a entraîné ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Le pouvoir de gestion de l'instance permet au juge du procès de contrôler les audiences qui se déroulent devant lui et de garantir le bon fonctionnement des rouages de la

has three interrelated purposes: ensuring that trials proceed fairly, effectively, and efficiently. Trial judges may intervene to manage the conduct of trials in many ways, including restricting cross-examination that is unduly repetitive, rambling, argumentative, misleading, or irrelevant. Excessive trial delay can also be mitigated by proper trial management. The trial management power is an essential and versatile tool; it must, however, be exercised carefully. Parties should generally be allowed to present their cases as they see fit. The trial management power is not a license to exclude otherwise relevant and material evidence in the name of efficiency. Trial management decisions and the rules of evidence must generally remain separate issues on appellate review. The standard of review for evidentiary errors is correctness, while deference is owed to trial management decisions. Sometimes, however, trial management decisions will overlap with the rules of evidence. As such, it is important on appellate review that trial management decisions are examined in the context of the trial as a whole, rather than as isolated incidents.

The first impugned ruling involved both an initial evidentiary ruling — that there was no good faith basis for the line of questioning regarding the cocaine transaction — and a subsequent trial management decision — rejecting the accused’s counsel’s renewed attempts to pursue this questioning. The trial judge correctly assessed whether there was a good faith basis for the line of questioning based on the accused’s counsel’s articulated purpose — on which the trial judge was entitled to rely. The accused’s counsel repeatedly said that she wanted to ask about cocaine to demonstrate that the co-accused went to the club to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. While trial judges may inquire into counsel’s proposed purpose, as a general rule, it is not their function to guess at or suggest more appropriate purposes than those proffered by counsel. Nor is it the function of appellate judges to assume the role of trial counsel, formulating questions that counsel could have asked, identifying the legal basis for them, and making arguments that counsel could have made to show that they were permissible. The trial judge found that the drug deal hypothesis was completely speculative and without any basis after reviewing the surveillance video. This finding is tantamount to finding that no reasonable inference could be drawn and, therefore, that there was no good faith basis to ask the questions. When the accused’s counsel revived her attempts to ask about the cocaine later on in the cross-examination, the trial judge reasonably

cour. Ce pouvoir vise trois objectifs interreliés : l’équité, l’efficacité et l’efficience des procès. Le juge du procès peut intervenir de nombreuses façons pour gérer le déroulement du procès; il peut notamment restreindre un contre-interrogatoire qui est indûment répétitif, sans queue ni tête, pointilleux, trompeur ou dépourvu de pertinence. La durée excessive des procès peut aussi être atténuée s’ils sont bien gérés. Le pouvoir de gestion de l’instance est un outil essentiel et versatile; il doit toutefois être exercé avec prudence. En règle générale, les parties devraient pouvoir présenter leur cause comme bon leur semble. Le pouvoir de gestion de l’instance ne permet pas d’exclure des éléments de preuve autrement pertinents et importants au nom de l’efficience. Les décisions relatives à la gestion de l’instance et celles en matière de preuve doivent généralement être traitées distinctement lors de l’examen en appel. La norme de contrôle des erreurs en matière de preuve est celle de la décision correcte, tandis que les décisions relatives à la gestion de l’instance commandent la déférence. Toutefois, parfois, les décisions relatives à la gestion de l’instance chevauchent les règles de preuve. Ainsi, il importe, en appel, que les décisions relatives à la gestion de l’instance soient examinées dans le contexte du procès dans son ensemble, plutôt que comme des incidents isolés.

La première décision contestée reposait à la fois sur une décision initiale en matière de preuve — selon laquelle il n’existait aucun fondement de bonne foi pour justifier les questions sur la transaction de cocaïne — et sur une décision subséquente relative à la gestion de l’instance — rejetant les nouvelles tentatives de l’avocate de l’accusé de continuer cette ligne d’interrogatoire. Le juge du procès a bien examiné s’il existait un fondement de bonne foi pour poser les questions en se basant sur ce que l’avocate de l’accusé avait expliqué être son objectif — ce sur quoi la juge du procès était autorisée à se fonder. L’avocate de l’accusé a affirmé à plusieurs reprises qu’elle souhaitait poser des questions concernant la cocaïne pour démontrer que le coaccusé s’était rendu à la boîte de nuit pour vendre de cette drogue au gardien de sécurité ou pour lui en acheter. Certes, le juge présidant un procès peut se renseigner sur l’objectif qu’un avocat cherche à atteindre, mais, règle générale, il ne lui appartient pas de deviner ou de suggérer des objectifs plus appropriés que ceux qu’a exprimés l’avocat. Il n’appartient pas non plus aux juges d’appel d’assumer le rôle de l’avocat au procès, en formulant des questions que celui-ci aurait pu poser, en cernant leur fondement juridique, et en faisant valoir des arguments que l’avocat aurait pu plaider pour démontrer qu’elles pouvaient être posées. Après avoir visionné la vidéo de surveillance, la juge du procès a conclu que l’hypothèse d’une transaction de drogue relevait carrément de la conjecture et était sans

curtailed the irrelevant questioning that would not have furthered any issue at trial.

Regarding the second ruling, the judge's trial management decision to curtail and clarify the accused's counsel's misleading suggestion was reasonable and is owed deference. It was misleading to suggest that the security guard was not scared on the day of the incident and only reference a passage of the police statement which supported this suggestion, knowing that elsewhere in the statement, he told the police he was scared. While not an irrelevant line of questioning, it would have been a needless waste of court time to allow the accused's counsel to pursue it, only to learn later that the questions were misleading and could only serve to distract or confuse the jury. It was not an error for the trial judge to provide a corrective instruction to the jury, advising of the existence of another passage in the police statement where the security guard said he was scared before he formally adopted that passage for three reasons. First, directly after the instruction, the accused's counsel had the security guard adopt the passage of his police statement where he said he was scared. Second, all parties agreed that the security guard's police statement contained a passage where he said that he was scared. Adopting the passage was an evidentiary formality in the circumstances. Third, the accused's counsel did not raise any objection to the trial judge providing a corrective instruction.

The trial judge's third ruling was an appropriate exercise of her trial management power to prevent the accused's counsel from pursuing a misleading line of questioning that was not relevant to the resolution of any live issues in the case. The accused was entitled to a fair trial, not an endless one. The trial judge was entitled to rely on the accused's counsel's articulated purpose for her questions, which was to suggest that the security guard refused to identify the two accused at the preliminary inquiry. This suggestion was simply not true. The security guard's comment about not recalling whether the two persons in the surveillance video were the two accused must be taken in context. At the preliminary inquiry, he identified the two accused as

fondement. En arriver à cette conclusion revenait à conclure qu'il n'était pas possible de tirer une inférence raisonnable et que, en conséquence, il n'y avait pas de fondement de bonne foi justifiant de poser les questions. Lorsque l'avocate de l'accusé a renouvelé ses tentatives d'interroger le témoin relativement à la cocaïne plus tard durant son contre-interrogatoire, la juge du procès a raisonnablement interdit les questions non pertinentes qui n'auraient pas servi à résoudre les questions en litige.

Pour ce qui est de la deuxième décision de la juge du procès, sa décision relative à la gestion de l'instance qui a consisté à empêcher l'avocate de l'accusé de faire une suggestion trompeuse et à clarifier les faits était raisonnable et commande la déférence. Il était trompeur de suggérer que le gardien de sécurité n'avait pas eu peur le jour de l'incident et de ne faire référence qu'à un passage de la déclaration à la police qui appuyait cette suggestion, tout en sachant que, ailleurs dans la déclaration, il avait dit aux policiers qu'il avait eu peur. Cette ligne d'interrogatoire n'était pas sans pertinence, mais permettre à l'avocate de l'accusé de la poursuivre, uniquement pour apprendre plus tard qu'elle était trompeuse et ne pouvait servir qu'à distraire ou à confondre le jury, aurait été une perte de temps. La juge du procès n'a pas commis d'erreur en donnant une directive correctrice au jury — pour l'informer de l'existence d'un autre passage de la déclaration à la police où le gardien de sécurité avait, avant qu'il ne reprenne formellement ce passage, affirmé avoir eu peur —, et ce, pour trois raisons. Premièrement, immédiatement après que la juge a formulé la directive, l'avocate de l'accusé a demandé au gardien de sécurité d'adopter le passage de sa déclaration à la police où il avait dit avoir eu peur. Deuxièmement, les parties convenaient toutes que la déclaration du gardien de sécurité à la police contenait un passage où il avait affirmé avoir eu peur. Dans les circonstances, l'adoption du passage était une formalité en matière de preuve. Troisièmement, l'avocate de l'accusé ne s'est pas opposée à ce que la juge du procès donne la directive correctrice.

La troisième décision de la juge du procès constituait un exercice approprié de son pouvoir de gestion de l'instance pour empêcher l'avocate de l'accusé de poursuivre une ligne d'interrogatoire trompeuse et non pertinente pour résoudre les questions en litige dans la cause. L'accusé avait droit à un procès équitable, pas à un procès interminable. La juge du procès pouvait se fonder sur ce que l'avocate de l'accusé avait dit être l'objet de ses questions, soit de laisser entendre que le gardien de sécurité avait refusé d'identifier les deux accusés à l'enquête préliminaire. Cela n'était tout simplement pas vrai. Le commentaire du gardien de sécurité selon lequel il n'arrivait pas à se souvenir si les deux personnes dans la vidéo de surveillance étaient les

those involved in the incident, both before and after the impugned comment. He also identified the two accused as the persons in the surveillance video near the beginning of his examination-in-chief.

The trial judge's fourth ruling had two aspects. The first was a proper trial management ruling targeting misleading questioning designed to show that the security guard had not told the same story at trial as he did at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun. He did tell the same story — both times in accordance with his police statement. While it was true that he offered a contrary story at the preliminary inquiry before adopting his police statement as past recollection recorded, the accused's counsel was not seeking to expose the inconsistent versions given at the preliminary inquiry. Rather, her suggestion implied that he said only one thing at the preliminary inquiry and the opposite at trial. This was simply not true. The second, and problematic, aspect of the trial judge's ruling was her further restriction of any cross-examination about the security guard's preliminary inquiry testimony prior to his adoption of his police statement. This was an incorrect evidentiary ruling. Trial judges are not bound by evidentiary rulings made at the preliminary inquiry. More importantly, the security guard's adoption of his police statement as true did not erase his different initial version of events. There was an inconsistency that the accused's counsel could probe, had she sought to do so.

The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* allows a court of appeal to dismiss an appeal from conviction where no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. The proviso can only rarely apply in cases where cross-examination has been improperly curtailed. This is one of those rare cases; the second aspect of the trial judge's fourth ruling was not a fatal error. The accused's counsel was able to vigorously challenge the security guard's credibility and repeatedly emphasize the primary defence theory that he was lying to protect the co-accused. Furthermore, there was no indication that the accused's counsel wanted to ask the questions improperly barred by the trial judge. Even if she did want to pursue that line of questioning, this would likely have undermined — rather than supported — the primary theory advanced by the accused. In the context of the trial, the trial

deux accusés doit être pris dans son contexte. À l'enquête préliminaire, il a identifié les deux accusés comme étant ceux qui avaient été impliqués dans l'incident, tant avant qu'après avoir formulé le commentaire en cause. Il a aussi identifié les deux accusés comme étant les personnes dans la vidéo de surveillance au début de son interrogatoire en chef.

La quatrième décision de la juge du procès comportait deux aspects. Le premier consistait en une décision bien fondée quant à la gestion de l'instance à propos d'une ligne d'interrogatoire trompeuse qui visait à démontrer que le gardien de sécurité avait fait un récit au procès et un autre à l'enquête préliminaire quant à l'identité de celui qui a laissé tomber l'arme à feu et qui l'a ramassée. Le gardien a bel et bien raconté la même histoire — chaque fois à l'image de sa déclaration à la police. Certes, il a fait un récit contraire à l'enquête préliminaire avant d'adopter sa déclaration à la police, à titre d'enregistrement du souvenir, mais l'avocate de l'accusé ne cherchait pas à dévoiler les versions contradictoires données à l'enquête préliminaire. Elle laissait plutôt entendre qu'il avait dit seulement une chose à l'enquête préliminaire et le contraire au procès. Cela n'était tout simplement pas vrai. Le second aspect de la décision de la juge du procès, qui lui est problématique, concerne sa décision d'également interdire tout contre-interrogatoire quant à la portion du témoignage du gardien de sécurité lors de l'enquête préliminaire qui a été rendue avant qu'il n'adopte sa déclaration à la police. Cette décision qui relevait de la preuve était erronée. Le juge qui préside un procès n'est pas lié par les décisions en matière de preuve rendues lors de l'enquête préliminaire. Fait plus important, l'adoption par le gardien de sécurité de sa déclaration à la police comme étant véridique n'a pas effacé sa version initiale différente des événements. Il y avait une contradiction que l'avocate de l'accusé aurait pu sonder, si elle avait cherché à le faire.

La disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* autorise une cour d'appel à rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. La disposition réparatrice ne peut s'appliquer que rarement dans les cas où le contre-interrogatoire a été indûment restreint. Il s'agit ici d'un de ces rares cas; le second aspect de la quatrième décision de la juge du procès ne constituait pas une erreur fatale. L'avocate de l'accusé a été en mesure de contester vigoureusement la crédibilité du gardien de sécurité et a souligné à plusieurs reprises la teneur de la théorie principale de la défense, à savoir qu'il mentait pour protéger le coaccusé. En outre, rien n'indiquait que l'avocate de l'accusé souhaitait poser les questions que la juge du procès a interdit à tort de poser. Même si elle avait voulu poursuivre cette ligne d'interrogatoire, cela aurait vraisemblablement

judge's technical error was harmless and would not have affected the outcome. There was no substantial wrong or miscarriage of justice.

Per Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be allowed, the conviction set aside, and a new trial ordered. The trial judge's exclusion of the security guard's prior inconsistent statement made at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun was an erroneous evidentiary ruling, not a trial management decision. This error cannot be saved by the curative proviso.

Trial judges have the authority to control the proceeding over which they preside. They should control, direct, and administer the trial in an effective and efficient way. Among other powers, trial management authority allows trial judges to place reasonable limits on oral submissions, direct written submissions, defer rulings, decline to hear frivolous motions after hearing from the parties, and, exceptionally, direct the order in which evidence is called. These powers allow trial judges to control the court's process by managing how parties present their case, not the evidence they can tender to build their case. Trial management powers can never be used to exclude relevant and material evidence. Rulings on the admissibility of real or oral evidence, including rulings on permissible lines of cross-examination, are evidentiary decisions. The propriety of those rulings is governed by the rules of evidence, not the court's trial management authority.

Separating trial management powers from the rules of evidence does not lead to inefficiency and confusion. The rules of evidence are sensitive to trial efficiency concerns. The law of evidence allows courts to weigh the benefits of admitting oral or real evidence against the costs to trial efficiency. Courts should exclude technically admissible evidence when the costs to the trial process outweigh the benefits. This is reflected in established exclusionary rules, such as the collateral facts rule that prohibits calling evidence solely to contradict a witness on a collateral fact, as well as the trial judge's general discretionary power to exclude evidence when its probative value is outweighed by its prejudicial effects. Evidence is prejudicial when, among other concerns, it would unduly undermine the

miné — plutôt que soutenu — la théorie principale plaidée par l'accusé. Dans le contexte du procès, l'erreur technique commise par la juge du procès a été inoffensive et n'a pas eu d'incidence sur l'issue. Il n'y a eu ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents) : Il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. L'exclusion par la juge du procès de la déclaration antérieure incompatible faite par le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, à propos de l'identité la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu, constituait une décision erronée en matière de preuve, et non une décision relative à la gestion de l'instance. Cette erreur ne saurait être validée par la disposition réparatrice.

Les juges de procès sont maîtres de la conduite des procédures qu'ils président. Ils devraient contrôler, diriger et gérer l'instruction de manière efficace et efficiente. Les pouvoirs de gestion de l'instance permettent notamment aux juges de procès d'imposer des limites raisonnables aux observations orales, d'ordonner des observations écrites, de différer leurs décisions, de refuser d'instruire des requêtes frivoles après avoir entendu les parties et, exceptionnellement, de décider de l'ordre dans lequel les éléments de preuve sont présentés. Ces pouvoirs permettent aux juges de procès de contrôler le déroulement de l'instance en gérant la manière dont les parties présentent leur preuve, et non pas les éléments qu'elles peuvent soumettre pour bâtir celle-ci. Les pouvoirs de gestion de l'instance ne peuvent jamais être utilisés pour exclure une preuve pertinente et substantielle. Les décisions sur l'admissibilité d'une preuve matérielle ou testimoniale, notamment les décisions sur les lignes de questions permises en contre-interrogatoire, sont des décisions en matière de preuve. Leur bien-fondé est régi par les règles de preuve, et non par les pouvoirs judiciaires de gestion de l'instance.

Le fait de séparer les pouvoirs de gestion de l'instance des règles de preuve n'est pas source d'inefficacité et de confusion. Les règles de preuve tiennent compte des préoccupations liées à l'efficacité du procès. Le droit de la preuve permet aux tribunaux de mettre en balance les avantages de l'admission d'une preuve testimoniale ou matérielle, et ses désavantages quant à l'efficacité du procès. Les tribunaux devraient exclure une preuve en principe admissible lorsque les désavantages pour l'instruction du procès l'emportent sur les avantages. C'est ce qui ressort des règles d'exclusion établies, par exemple de la règle relative aux faits incidents qui interdit de présenter une preuve uniquement dans le but de contredire un témoin sur un fait incident, ainsi que du pouvoir discrétionnaire

efficiency of the trial by consuming an inordinate amount of time which is not commensurate with its value. Limits on cross-examination can and should be understood as applications of these ordinary rules of evidence and, in particular, the trial judge's residual power to exclude overly prejudicial evidence. A trial judge should prevent counsel from asking irrelevant questions because those questions have no probative value. Similarly, courts should stop repetitious or misleading questioning because the probative value of repeated or misleading questions is minimal while their prejudicial effects to the trial process are significant. Such interventions are evidentiary rulings, not trial management decisions.

Relying on trial management authority when making evidentiary rulings undermines trial predictability and consistency, and the accused's right to make full answer and defence. With respect to trial predictability and consistency, the rules of evidence dictate how parties can establish the facts needed to build their case. In a predictable manner, it lets parties know what information they can present to support their case, how they can tender this information, and what use they can make of this information once admitted. Parties are entitled to present all relevant and material evidence to the trier of fact, absent a clear ground for exclusion. Relying on trial management authority to make evidentiary determinations could create a two-tiered system where some litigants would need to build their case under established evidentiary rules while others would need to build it under the trial judge's more loosely defined and opaque trial management discretion. This would make litigation less predictable, accessible, and fair. It would also stifle development of the law.

As for the accused's right to make full answer and defence, the rules of evidence provide special protection to accused persons by giving them a wide right to call evidence. Unlike in the case of Crown-led evidence, there is no evidentiary discretion to exclude technically admissible defence evidence simply because its probative value is outweighed by its prejudicial effects. Instead, defence-led evidence should be excluded only when its probative value is substantially outweighed by the prejudice it could cause.

général du juge du procès d'exclure une preuve lorsque ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve est notamment préjudiciable lorsqu'elle compromettrait indûment l'efficacité du procès en exigeant un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur. Les limites au contre-interrogatoire peuvent, et devraient, être considérées comme des cas d'application de ces règles ordinaires de preuve et, en particulier, comme des cas d'application du pouvoir résiduel du juge du procès d'exclure une preuve trop préjudiciable. Le juge du procès devrait empêcher les avocats de poser des questions non pertinentes parce que de telles questions n'ont aucune valeur probante. De même, les tribunaux devraient interrompre des interrogatoires répétitifs ou trompeurs parce que la valeur probante de tels interrogatoires est minimale alors que leurs effets préjudiciables sur l'instruction du procès sont importants. De telles interventions sont des décisions en matière de preuve, et non des décisions relatives à la gestion de l'instance.

Le fait de s'appuyer sur les pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve mine la prévisibilité et l'uniformité des procès, et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. En ce qui concerne la prévisibilité et l'uniformité des procès, les règles de preuve dictent comment les parties peuvent établir les faits nécessaires pour prouver leur thèse. Cela permet aux parties de savoir quels éléments elles peuvent présenter à l'appui de leur position, comment elles peuvent présenter ces éléments et quelle utilisation elles peuvent en faire une fois qu'ils ont été admis. En l'absence de motif clair d'exclusion, les parties sont autorisées à présenter toute preuve pertinente et substantielle au juge des faits. Recourir aux pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve pourrait créer un système à deux paliers où certaines parties auraient à bâtir leur cause suivant les règles de preuve établies, alors que d'autres auraient à le faire eu égard au pouvoir discrétionnaire de gestion de l'instance dont est investi le juge du procès, lequel est moins clairement défini et obscur. Les procès seraient alors moins prévisibles, moins accessibles et moins équitables. Cela aurait aussi pour effet de freiner l'évolution du droit.

Pour ce qui est du droit des personnes accusées à une défense pleine et entière, les règles de preuve accordent à celles-ci une protection spéciale en leur conférant un droit étendu de présenter une preuve. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une preuve produite par la Couronne, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve de la défense, en principe admissible, pour le simple motif que ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve présentée par la défense devrait

The rules of evidence protect an accused's right to make full answer and defence by ensuring that trial judges do not too readily exclude defence evidence, even when that evidence has minimal probative value or some serious prejudicial effects. Trial management powers do not direct trial judges to be similarly cautious. Relying on trial management authority to curtail a line of cross-examination in the name of trial efficiency, for example, could prevent defence counsel from eliciting relevant and material evidence even when the prejudicial effects of the questions do not substantially outweigh their probative value.

In the present case, the law of evidence provided the trial judge with a number of options to deal with the arguably misleading question posed by the accused's counsel. If she thought the question was misleading because it was missing necessary context, she could have asked the accused's counsel to rephrase the question and draw the security guard's attention to the fact that he had also subsequently adopted his police statement at the preliminary inquiry. The trial judge could have also simply allowed the question, leaving it for the Crown to raise the security guard's prior consistent police statement in reply. Either way, the jury could then assess whether the inconsistency was the result of the security guard's genuine memory loss or whether it was illustrative of the security guard testifying falsely at the preliminary inquiry to protect his friend. Alternatively, if the trial judge thought that the accused's counsel was baselessly misrepresenting the facts and misleading the jury, she could have restricted that line of questioning under her overarching exclusionary power if the question's probative value was substantially outweighed by its prejudicial effects. Instead of taking any of these steps, the trial judge prevented the accused's counsel from asking any questions on the specifics about what the security guard said at the preliminary inquiry before he adopted his police statement. This was an erroneous evidentiary decision. The security guard's initial preliminary inquiry testimony was plainly inconsistent with his trial testimony. It was therefore relevant and material to a central issue at trial — the security guard's credibility. It was also not subject to any exclusionary rule. The fact that the security guard's police statement was admitted through a hearsay exception at the preliminary inquiry did not erase the earlier inconsistent testimony. Finally, the prejudicial effects of the evidence did not substantially outweigh its probative value. The probative value of this evidence was extremely

plutôt être exclue uniquement quand le préjudice qu'elle est susceptible de causer l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. Les règles de preuve protègent le droit de l'accusé à une défense pleine et entière en garantissant que les juges de procès n'excluent pas trop facilement une preuve de la défense, même lorsque cette preuve a une valeur probante minime ou des effets préjudiciables graves. Les pouvoirs de gestion de l'instance n'obligent par les juges de procès à faire preuve de pareille prudence. Recourir à ces pouvoirs pour restreindre une ligne de questions en contre-interrogatoire au nom de l'efficacité du procès pourrait, par exemple, empêcher l'avocat de la défense d'obtenir une preuve pertinente et substantielle, et ce, même lorsque les effets préjudiciables des questions ne l'emportent pas substantiellement sur leur valeur probante.

En l'espèce, le droit de la preuve offrait à la juge du procès plusieurs moyens de traiter de la question sans doute trompeuse posée par l'avocate de l'accusé. Si elle croyait que la question était trompeuse parce qu'il lui manquait le contexte nécessaire, elle aurait pu demander à l'avocate de l'accusé de reformuler celle-ci et d'attirer l'attention du gardien de sécurité sur le fait qu'il avait en outre subseqüemment adopté, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police. La juge du procès aurait aussi simplement pu autoriser la question et laisser à la Couronne le soin de soulever en réplique la déclaration antérieure compatible du gardien de sécurité à la police. D'une manière ou d'une autre, le jury aurait alors pu évaluer si la contradiction résultait d'une véritable perte de mémoire chez le gardien de sécurité ou si elle illustrait plutôt le fait que celui-ci avait livré un faux témoignage à l'enquête préliminaire dans le but de protéger son ami. Subsidièrement, si la juge du procès estimait que l'avocate de l'accusé dénaturait sans fondement les faits et induisait le jury en erreur, elle aurait pu limiter cette ligne de questions lors du contre-interrogatoire. Son pouvoir général d'exclusion de la preuve le lui permet lorsque les effets préjudiciables de la question l'emportent substantiellement sur sa valeur probante. Au lieu d'emprunter l'une ou l'autre de ces avenues, la juge du procès a empêché l'avocate de l'accusé de poser quelque question que ce soit quant à ce qu'avait dit le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, soit avant d'adopter sa déclaration à la police. Il s'agissait d'une décision erronée en matière de preuve. Le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire était manifestement incompatible avec son témoignage au procès. Cette preuve était donc pertinente et substantielle quant à une question centrale au procès — la crédibilité du gardien de sécurité. De plus, elle n'était l'objet d'aucune règle d'exclusion. Le fait que la déclaration du gardien de sécurité à la police a

high and touched on the central issue at trial, whereas the prejudicial effects were minimal at best. The accused was deprived of the right to pursue a highly relevant line of cross-examination.

The curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* cannot save the trial judge's error. There are two situations in which the curative proviso is appropriate: (1) where the error is so harmless or trivial that it could not have had any impact on the verdict; or (2) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would have inevitably convicted. Neither branch is applicable in the instant case. First, the trial judge's error was not harmless. The accused was entitled to fully explore the security guard's prior inconsistent statement about who dropped and picked up the gun without constraint and use this inconsistency to challenge the security guard's credibility. He was also entitled to use this inconsistency to support the main defence theory that the security guard was willing to lie to protect his friend, the co-accused. The accused was erroneously denied any opportunity to do this. Further, the trial judge ensured that the only question that the accused's counsel asked about this inconsistency played no role in the jury's deliberation by instructing the jury to completely disregard this testimonial inconsistency. The unfairness flowing from the trial judge's ruling was not minimized by the fact that the accused could explore other inconsistencies in the security guard's testimony and generally allude to the security guard's motive to lie. An effective cross-examination often involves a coordinated series of attacks that, cumulatively, undermine the witness's credibility. Second, the evidence was far from overwhelming — the only evidence linking the accused to possession of the gun was the testimony of one witness who had a motive to lie and whose testimony at trial about who he saw drop the gun was, at times, manifestly inconsistent with his testimony at the preliminary inquiry.

été admise à l'enquête préliminaire en vertu d'une exception à la règle du oui-dire n'a pas eu pour effet d'effacer le témoignage incompatible antérieur. Enfin, les effets préjudiciables de la preuve ne l'emportaient pas substantiellement sur sa valeur probante. La valeur probante de cette preuve était extrêmement élevée et touchait à la question centrale soulevée au procès, alors que les effets préjudiciables étaient tout au plus minimales. L'accusé a été privé du droit de poursuivre une ligne de questions très pertinente lors du contre-interrogatoire.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne peut valider l'erreur commise par la juge du procès. L'application de la disposition réparatrice est appropriée dans deux situations : (1) lorsque l'erreur est si inoffensive ou négligeable qu'elle n'aurait pu avoir d'incidence sur le verdict, ou (2) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits aurait forcément conclu à la culpabilité. Ni l'un ni l'autre de ces volets n'est applicable en l'espèce. Premièrement, l'erreur de la juge du procès n'était pas inoffensive. Il était loisible à l'accusé d'explorer à fond et sans contrainte la déclaration antérieure incompatible du gardien de sécurité à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu, et de se servir de cette contradiction afin de miner la crédibilité du gardien de sécurité. Il avait en outre le droit d'utiliser cette contradiction pour étayer la principale thèse de la défense selon laquelle le gardien de sécurité était disposé à mentir pour protéger son ami, le coaccusé. L'accusé s'est vu refuser à tort toute occasion de le faire. De plus, la juge du procès a fait en sorte que la seule question qu'a posée l'avocate de l'accusé au sujet de cette contradiction ne joue aucun rôle dans les délibérations du jury en émettant à ce dernier la directive de faire complètement abstraction de cette contradiction dans le témoignage. L'iniquité découlant de la décision de la juge du procès n'a pas été minimisée par le fait que l'accusé pouvait explorer d'autres contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité et pouvait également faire allusion aux raisons qu'avait le gardien de sécurité de mentir. Un contre-interrogatoire efficace implique souvent une série coordonnée d'attaques qui, cumulativement, minent la crédibilité du témoin. Deuxièmement, la preuve était loin d'être accablante — la seule preuve liant l'accusé à la possession de l'arme à feu était le témoignage d'une personne qui avait des raisons de mentir et dont le témoignage au procès à propos de l'identité de la personne qu'elle avait vue laisser tomber l'arme était, parfois, manifestement incompatible avec sa déposition à l'enquête préliminaire.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; **considered:** *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; **referred to:** *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. v. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Ajise*, 2018 SCC 51, [2018] 3 S.C.R. 301, aff'g 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384; *R. v. Cole*, 2021 ONCA 759; *R. v. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

Fanjoy v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Khanna*, 2016 ONCA 39; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. v. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177; *R. v. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375; *R. v. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500; *R. v. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Hall*, 2018 ONCA 185, 139 O.R. (3d) 561; *R. v. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. v. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577; *R. v. Mitchell*, 2008 ONCA 757; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515; *R. v. C.*

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; **arrêt examiné :** *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; **arrêts mentionnés :** *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. c. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Ajise*, 2018 CSC 51, [2018] 3 R.C.S. 301, conf. 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384; *R. c. Cole*, 2021 ONCA 759; *R. c. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

Fanjoy c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Khanna*, 2016 ONCA 39; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. c. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177; *R. c. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375; *R. c. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500; *R. c. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Hall*, 2018 ONCA 185, 139 O.R. (3d) 561; *R. c. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. c. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577; *R. c. Mitchell*, 2008 ONCA 757; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515; *R. c. C.*

(*K.*), 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149; *R. v. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54; *R. v. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 10(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 95(1), 686(1)(b)(iii), 691(1)(a).

Authors Cited

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, vols. 2 and 3, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, vol. 1, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated December 2021, release 5).
Wright, Cecil A. "The Law of Evidence: Present and Future" (1942), 20 *Can. Bar Rev.* 714.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Benotto, Paciocco and Thorburn JJ.A.), 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, 390 C.C.C. (3d) 151, [2020] O.J. No. 2952 (QL), 2020 CarswellOnt 9146 (WL), affirming the conviction of the accused for possession of a loaded restricted firearm. Appeal dismissed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Chris Rudnicki and Karen Lau-Po-Hung, for the appellant.

(*K.*), 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149; *R. c. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54; *R. c. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95(1), 686(1)(b)(iii), 691(1)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 10(1).

Doctrine et autres documents cités

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, vols. 2 and 3, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, vol. 1, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated December 2021, release 5).
Wright, Cecil A. « The Law of Evidence : Present and Future » (1942), 20 *R. du B. can.* 714.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Benotto, Paciocco et Thorburn), 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, 390 C.C.C. (3d) 151, [2020] O.J. No. 2952 (QL), 2020 CarswellOnt 9146 (WL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents.

Chris Rudnicki et Karen Lau-Po-Hung, pour l'appellant.

Craig Harper and Jacob Millns, for the respondent.

Craig Harper et Jacob Millns, pour l'intimée.

Louis P. Strezos and Michelle Biddulph, for the intervener.

Louis P. Strezos et Michelle Biddulph, pour l'intervenante.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

MOLDAVER J. —

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

I. Introduction

[1] Managing a criminal trial is a demanding task. This trial was no exception. It devolved into a nine-day, highly contested jury trial over a seemingly straightforward issue: whether Mr. Samaniego and/or his co-accused, Mr. Serrano, had possession of a handgun. The experienced trial judge had her hands full keeping the proceedings on track. Without her patience and her overriding concern that all parties be treated fairly, it almost certainly would have resulted in a mistrial. Cut-throat defences led to bickering among the parties; time estimates were honoured more in the breach than in the observance; and the jury was repeatedly required to leave the courtroom while the trial judge dealt with case management and evidentiary issues, many of which were attributable to the manner in which the main Crown witness was cross-examined by Mr. Samaniego's trial counsel ("trial counsel").

[1] La gestion d'un procès criminel est une tâche exigeante. Celui dont il est question en l'espèce n'a pas fait exception. Il s'est transformé en un procès devant jury de neuf jours, vigoureusement contesté quant à une question apparemment simple : qui, de M. Samaniego ou de son coaccusé, M. Serrano, ou des deux, a eu une arme à feu en sa possession? La juge du procès expérimentée a eu fort à faire pour mener la procédure à bien. Sans sa patience et sa préoccupation prépondérante pour que toutes les parties soient traitées équitablement, le procès aurait presque certainement avorté. Des défenses traîtresses ont mené à des prises de bec entre les parties; les échéances prévues ont été respectées davantage pour avoir été dépassées que pour avoir été observées; et le jury a dû quitter la salle d'audience à répétition pendant que la juge du procès traitait de questions de preuve et de gestion de l'instance, dont plusieurs étaient attribuables à la façon dont le témoin principal de la Couronne était contre-interrogé par l'avocate de M. Samaniego au procès (« avocate au procès »).

[2] This appeal centres on that cross-examination. It was neither a model of brevity nor clarity. On the contrary, it went on at great length and drew numerous objections from both Crown counsel and Mr. Serrano's counsel for being repetitive, unfocused, and misleading. To make matters worse, when the trial judge tried to clarify the purpose and relevance of trial counsel's questions, she was often met with unclear and unhelpful responses.

[2] Le présent appel porte principalement sur ce contre-interrogatoire, qui n'a été un modèle ni de concision ni de clarté. Au contraire, il a traîné en longueur et a donné lieu à de nombreuses objections de la part tant de l'avocate de la Couronne que de celle de M. Serrano qui l'estimaient répétitif, confus et trompeur. Pour aggraver les choses, lorsque la juge du procès a tenté de clarifier l'objet et la pertinence des questions de l'avocate au procès, elle a souvent eu droit à des réponses nébuleuses et inutiles.

[3] In the course of trial counsel’s cross-examination, over her objection, the trial judge made a number of rulings curtailing lines of questioning. Four of these rulings form the basis of this appeal. The jury eventually convicted Mr. Samaniego of possession of a loaded restricted firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. On his appeal from conviction to the Court of Appeal for Ontario, a majority of the court found no error in the four rulings and dismissed Mr. Samaniego’s appeal (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449). The crux of the disagreement between the majority and the minority centred on whether the impugned rulings were discretionary, falling within the trial judge’s exercise of her trial management power, or whether they constituted erroneous evidentiary rulings that warranted a new trial. The majority found that the rulings were an exercise of the judge’s trial management power and revealed no error. The dissenting judge found evidentiary errors in all four rulings and would have ordered a new trial. He stressed that the trial management power could not override proper evidentiary considerations and justify improper evidentiary rulings. Mr. Samaniego now appeals to this Court as of right.

[4] For reasons that follow, I would dismiss Mr. Samaniego’s appeal. Under their trial management power, trial judges are permitted to control their courtroom and streamline the functioning of the trial. Exercises of trial management will generally not overlap with evidentiary rulings, but sometimes they do. This does not mean that erroneous evidentiary rulings can be justified under the guise of trial management. They cannot.

[5] In this case, some of the impugned rulings involved trial management decisions, while others involved a mixture of evidentiary determinations and

[3] Durant le contre-interrogatoire mené par l’avocate au procès, en dépit des objections de cette dernière, la juge du procès a pris un grand nombre de décisions qui ont restreint les lignes d’interrogatoire. Quatre de ces décisions fondent le présent pourvoi. En définitive, le jury a déclaré M. Samaniego coupable d’avoir eu en sa possession une arme à feu à autorisation restreinte chargée, une infraction décrite au par. 95(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Par suite de l’appel de sa déclaration de culpabilité par M. Samaniego devant la Cour d’appel de l’Ontario, les juges majoritaires de la cour ont conclu que les quatre décisions étaient exemptes d’erreur et ont rejeté l’appel (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449). Les juges majoritaires et le juge minoritaire étaient essentiellement en désaccord quant à la question de savoir si les décisions contestées étaient de nature discrétionnaire, relevant du pouvoir de gestion de l’instance de la juge du procès, ou si elles constituaient des décisions erronées quant à la preuve qui justifiaient la tenue d’un nouveau procès. Les juges majoritaires ont conclu que les décisions étaient le fruit de l’exercice du pouvoir de gestion de l’instance de la juge et n’étaient entachées d’aucune erreur. Le juge dissident a conclu à des erreurs quant à la preuve dans les quatre décisions, et il aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès. Il a souligné que le pouvoir de gestion de l’instance ne pouvait avoir préséance sur les considérations appropriées liées à la preuve et justifier des décisions erronées en cette matière. Monsieur Samaniego interjette maintenant appel de plein droit devant la Cour.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de M. Samaniego. Grâce à son pouvoir de gestion de l’instance, le juge du procès peut contrôler sa salle d’audience et baliser les rouages du procès. En règle générale, l’exercice de ce pouvoir de gestion et les décisions en matière de preuve ne se chevauchent pas, mais parfois ils le font. Cela ne veut pas dire pour autant que des décisions erronées en matière de preuve peuvent être légitimées sous prétexte qu’elles relèvent de la gestion de l’instance. Elles ne le peuvent pas.

[5] En l’espèce, certaines des décisions contestées relevaient de la gestion de l’instance, tandis que d’autres ont tranché des questions mixtes de preuve

trial management decisions. As I will explain, I am satisfied that three of the impugned rulings were free from error. The fourth ruling was erroneous in part; in my view, however, it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

II. Background

A. *The Offence*

[6] As part of an agreed statement of facts, the parties acknowledge that on August 17, 2015, Mr. Samaniego and his co-accused, Mr. Serrano, went to a Toronto nightclub called Las Brisas. The security guard greeted Mr. Serrano at the door and allowed him into the club; the two were good friends. The guard denied Mr. Samaniego entrance because Mr. Samaniego had threatened him at the club on a prior occasion. The parties further agree that, later in the evening, the guard's friend called the police about a gun at the club. When the police arrived, they saw Mr. Serrano and Mr. Samaniego walking away and observed Mr. Serrano discard a gun. They arrested both men for possession of a loaded restricted firearm.

[7] The parties' stories differ on what happened at the club before the police arrived. Surveillance video at the club showed the two accused and the security guard, but not the gun. Identity was admitted. The main issue at trial was whether one or both of the accused had possession of the gun.

[8] The Crown's position was that both men had the gun in their possession at some point that evening. In support of its position, Crown counsel relied heavily on the security guard's testimony. The guard testified that Mr. Samaniego became angry at him when he allowed Mr. Serrano into the club, but barred Mr. Samaniego from entering. Mr. Samaniego threatened him with a finger/thumb motion that looked like a gun and showed him a gun in his waistband. Mr. Serrano came out of the club and defused the situation by taking the gun away from Mr. Samaniego. Mr. Serrano went back into the club, came out, dropped the gun in front

et de gestion de l'instance. Comme je l'expliquerai, je suis convaincu que trois des décisions contestées sont exemptes d'erreur. La quatrième décision était en partie erronée; toutefois, selon moi, elle n'a entraîné ni tort important ni erreur judiciaire grave.

II. Faits

A. *L'infraction*

[6] Dans un exposé conjoint des faits, les parties reconnaissent que, le 17 août 2015, M. Samaniego et son coaccusé, M. Serrano, se sont rendus dans une boîte de nuit de Toronto appelée Las Brisas. Le gardien de sécurité a salué M. Serrano à la porte et l'a autorisé à entrer; ils étaient de bons amis. Le gardien a toutefois refusé l'accès à M. Samaniego parce que ce dernier l'avait menacé à une autre occasion lorsqu'ils se trouvaient à Las Brisas. Les parties conviennent en outre que, plus tard durant la soirée, un autre ami du gardien a appelé la police pour lui signaler la présence d'une arme à feu sur les lieux. À leur arrivée, les policiers ont aperçu MM. Samaniego et Serrano qui s'éloignaient à pied, et ils ont vu ce dernier se débarrasser d'une arme à feu. Ils ont arrêté les deux hommes pour possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée.

[7] Les récits des parties diffèrent quant à ce qui s'est produit dans la boîte de nuit avant l'arrivée des policiers. Un enregistrement vidéo filmé sur les lieux montre les deux accusés ainsi que le gardien de sécurité, mais pas l'arme à feu. L'identité des personnes filmées a été admise. Au procès, il s'agissait principalement de savoir si un seul des accusés ou les deux avaient eu l'arme à feu en leur possession.

[8] Selon la Couronne, les deux hommes ont eu l'arme en leur possession à un moment de la soirée. Pour fonder sa position, elle s'est largement appuyée sur le témoignage du gardien de sécurité. Selon ce dernier, M. Samaniego s'est mis en colère contre lui lorsqu'il lui a refusé l'accès à la boîte de nuit alors qu'il avait laissé M. Serrano entrer. Monsieur Samaniego a menacé le gardien en mimant la forme d'une arme à feu avec son pouce et son index et lui a montré une arme à feu qu'il portait à la ceinture. Monsieur Serrano est sorti de la boîte de nuit et a désamorcé la situation en s'emparant de l'arme à feu que détenait M. Samaniego.

of the guard and picked it back up. The guard then asked a friend, who was close by, to call the police. Mr. Serrano and Mr. Samaniego left the club and were arrested a short time later.

[9] The two accused ran cut-throat defences. Mr. Serrano maintained that he had no knowledge of Mr. Samaniego bringing a gun to the club. It was never his intention to possess it; he only took it to protect the security guard from Mr. Samaniego. Moreover, he argued that there was no evidence that he knew the gun was real, restricted, or loaded.

[10] Mr. Samaniego's defence was that Mr. Serrano had sole possession of the gun; he never touched it. In support of his position, he sought to impeach the security guard's credibility, arguing that the guard implicated him to protect Mr. Serrano, the guard's "good friend". He did so by covering up for Mr. Serrano, withholding information from the police and falsely portraying Mr. Serrano in the best possible light.

B. *Mr. Samaniego's Cross-Examination of the Security Guard*

[11] Trial counsel's cross-examination of the security guard lasted approximately a day and a half, spanning over 150 pages of transcript. Time estimates were repeatedly exceeded. On the first day of her cross-examination, she questioned the guard for approximately 2 hours and advised that she would need 45 minutes the next morning. An hour into her cross-examination the following morning, the judge reminded her of her timeline. Counsel advised that she needed another 30 minutes at most. That estimate proved to be grossly inaccurate; the remainder of her cross-examination took up the entire day.

[12] As the record reveals, the cross-examination was often repetitive, wandering, and misleading. Some questions were difficult to understand, particularly for the security guard who required the assistance of

Monsieur Serrano est retourné à l'intérieur, avant de ressortir, de laisser tomber l'arme à feu devant le gardien, et de la ramasser. Le gardien a alors demandé à un ami qui se trouvait à proximité d'appeler la police. Messieurs Serrano et Samaniego ont quitté les lieux, et ont été arrêtés peu de temps après.

[9] Les deux accusés ont présenté des défenses traîtresses durant le procès. Monsieur Serrano a soutenu qu'il ignorait que M. Samaniego apportait une arme à feu à la boîte de nuit. Il n'a jamais souhaité l'avoir en sa possession; il ne l'a prise que pour protéger le gardien de sécurité contre M. Samaniego. En outre, il a fait valoir que rien ne prouvait qu'il savait que l'arme était vraie, à autorisation restreinte ou chargée.

[10] Pour sa défense, M. Samaniego a soutenu que M. Serrano a été le seul à avoir l'arme à feu en sa possession et que lui ne l'a jamais touchée. À l'appui de sa position, il a cherché à miner la crédibilité du gardien de sécurité, faisant valoir que celui-ci l'a impliqué pour protéger M. Serrano, son [TRADUCTION] « bon ami ». Le gardien a fait cela en couvrant M. Serrano, en cachant certains renseignements aux policiers et en brossant un faux portrait de M. Serrano, aussi flatteur que possible.

B. *Le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par M. Samaniego*

[11] Le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par l'avocate au procès a duré environ une journée et demie, et sa transcription compte plus de 150 pages. Les échéances prévues ont été dépassées à de nombreuses reprises. Durant le premier jour du contre-interrogatoire, elle a interrogé le gardien pendant quelque 2 heures et elle a informé la cour qu'elle aurait besoin de 45 minutes le lendemain matin. Après une heure de contre-interrogatoire le lendemain matin, la juge lui a rappelé le temps dont elle disposait. L'avocate a alors affirmé qu'elle avait besoin d'au plus 30 minutes supplémentaires. Cette estimation s'est révélée totalement inexacte; le reste de son contre-interrogatoire a pris toute la journée.

[12] Comme le révèle le dossier, le contre-interrogatoire a souvent été répétitif, tortueux et trompeur. Certaines questions étaient difficiles à comprendre, particulièrement pour le gardien de sécurité qui avait

an interpreter. The purpose and relevance of many lines of inquiry were difficult to discern. The judge had to excuse the jury five times to discuss issues arising from the cross-examination. Many of these discussions were lengthy and covered ground that had already been dealt with.

[13] The potential for prejudice caused by both accused running cut-throat defences added another dimension of difficulty for the judge. Some of trial counsel's lines of inquiry were highly prejudicial to Mr. Serrano. It was essential that the judge closely monitor the risk this prejudice posed, bearing in mind her obligation to ensure that both accused received a fair trial.

[14] In sum, the trial judge had her hands full trying to ensure trial fairness, minimize jury disruption, and rein in a cross-examination that was lengthy, disjointed, and confusing. That she was able to keep the trial on the rails in the circumstances is a credit to her patience and the care she exhibited throughout to protect the interests of the parties, the witnesses, and the members of the jury.

III. Issues

[15] There are four issues:

- A. Jurisdiction: Does Mr. Samaniego's appeal to this Court raise a question of law?
- B. What is the scope of the trial management power?
- C. Did the trial judge err by curtailing cross-examination in any of the four rulings?
- D. If so, can the curative proviso be applied to sustain Mr. Samaniego's conviction?

IV. Analysis

- A. *Jurisdiction: Mr. Samaniego Appeals on a Question of Law*

besoin de l'aide d'un interprète. L'objet et la pertinence de nombreuses lignes d'interrogatoire étaient difficiles à cerner. La juge a dû demander au jury de sortir de la salle d'audience à cinq reprises pour discuter de questions soulevées par le contre-interrogatoire. Un grand nombre de ces discussions ont été longues et ont porté sur des sujets qui avaient déjà fait l'objet de débats.

[13] Le risque de préjudice posé par le choix des deux accusés de présenter des défenses traîtresses a créé un niveau de difficulté supplémentaire pour la juge. Certaines des lignes d'interrogatoire de l'avocate au procès étaient très préjudiciables à M. Serrano. Il était essentiel que la juge surveille de près le risque de préjudice en cause, compte tenu de son obligation de garantir que les deux accusés subissent un procès équitable.

[14] En somme, la juge du procès a eu beaucoup à faire pour tenter de garantir l'équité du procès, pour minimiser les perturbations pour le jury, et pour maîtriser un contre-interrogatoire long, décousu et déroutant. Qu'elle ait réussi à faire en sorte que le procès ne déraile pas dans les circonstances témoigne de sa patience et du soin qu'elle a mis durant tout le procès pour protéger les intérêts des parties, des témoins et des jurés.

III. Questions en litige

[15] Il y a quatre questions en litige :

- A. Compétence : le pourvoi de M. Samaniego devant la Cour soulève-t-il une question de droit?
- B. Quelle est la portée du pouvoir de gestion de l'instance?
- C. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire dans l'une ou l'autre des quatre décisions?
- D. Si oui, est-il possible d'appliquer la disposition réparatrice pour maintenir la déclaration de culpabilité de M. Samaniego?

IV. Analyse

- A. *Compétence : M. Samaniego interjette appel sur une question de droit*

[16] Mr. Samaniego appeals to this Court under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. That provision allows an accused to appeal as of right on a question of law from a dissenting judgment at the court of appeal.

[17] The Crown submits that Mr. Samaniego's appeal is barred because the disagreement at the Court of Appeal does not raise a question of law; rather, the disagreement between the majority and dissenting judge is largely factual, hinging on differing interpretations of trial counsel's purpose for engaging in certain areas of cross-examination. This does not, in the Crown's view, raise a question of law. A judge's choice to intervene in cross-examination is a question of mixed fact and law (*Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p. 238). Mr. Samaniego characterizes the disagreement at the Court of Appeal differently. He maintains that it raises a question of law regarding the rules of evidence and their application.

[18] I agree with Mr. Samaniego's characterization of the disagreement. While the subject of the appeal was the trial judge's intervention in cross-examination, this was not the crux of the Court of Appeal's disagreement. The court disagreed on the characterization of the judge's interventions and the evidentiary principles that govern them. That raises a question of law (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23).

B. *Scope of the Trial Management Power*

[19] Before examining the impugned rulings, it is necessary to discuss the content and scope of the trial management power.

[20] The trial management power allows trial judges to control the process of their court and ensure that trials proceed in an effective and orderly fashion. While this Court has not provided explicit guidance on the nature and scope of the power, it has implicitly endorsed the concept (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 58; *Ontario v. Criminal*

[16] Monsieur Samaniego interjette appel devant la Cour en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. Cette disposition permet à un accusé de faire appel de plein droit sur une question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident.

[17] La Couronne soutient que M. Samaniego ne peut pas interjeter appel parce que le désaccord en Cour d'appel ne soulève pas de question de droit; selon elle, ce désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident porte essentiellement sur des faits, et repose sur des interprétations divergentes de l'objectif que cherchait à atteindre l'avocate au procès en traitant de certains sujets durant son contre-interrogatoire. Selon la Couronne, cela ne soulève pas de question de droit. Le choix d'un juge d'intervenir dans un contre-interrogatoire est une question mixte de fait et de droit (*Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, p. 238). Monsieur Samaniego qualifie différemment le désaccord entre les juges de la Cour d'appel. Il plaide que ce désaccord soulève une question de droit quant aux règles de preuve et à leur application.

[18] Je suis d'accord avec la qualification du désaccord par M. Samaniego. S'il est vrai que c'est l'intervention de la juge du procès dans le contre-interrogatoire qui a fait l'objet de l'appel, cela n'a pas constitué l'essence du désaccord en Cour d'appel. Les juges de la Cour d'appel ne s'entendaient pas sur la qualification des interventions de la juge et sur les principes de preuve qui les régissent. Cela soulève une question de droit (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23).

B. *Portée du pouvoir de gestion de l'instance*

[19] Avant d'examiner les décisions contestées, il est nécessaire de discuter de la teneur et de la portée du pouvoir de gestion de l'instance.

[20] Le pouvoir de gestion de l'instance permet au juge du procès de contrôler les audiences qui se déroulent devant lui et de garantir le bon fonctionnement des rouages de la cour. Bien que la Cour n'ait pas donné de directives explicites quant à la nature et à la portée de ce pouvoir, elle a implicitement donné son aval au concept (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41,

Lawyers' Association of Ontario, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 26).

[21] The power has three interrelated purposes: ensuring that trials proceed fairly, effectively, and efficiently (*R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, at para. 47; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444, at para. 22 (CanLII)).

[22] Judges may intervene to manage the conduct of trials in many ways, including restricting cross-examination that is unduly repetitive, rambling, argumentative, misleading, or irrelevant (*R. v. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179, at paras. 167-68; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), at para. 25). The trial management power is an essential and versatile tool; it must, however, be exercised carefully (*R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 38). Parties should generally be allowed to present their cases as they see fit (*Polanco*, at para. 29).

[23] Managing the conduct of trials to ensure timely justice is particularly important, considering this Court's decision in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 139. Excessive trial delay can be mitigated by proper trial management.

[24] Ensuring efficiency does not mean sacrificing the rules of evidence. Mr. Samaniego submits that trial management decisions and evidentiary rulings must always remain separate to ensure that erroneous evidentiary rulings are not glossed over under the guise of trial management on appellate review. While I disagree that trial management and evidentiary rulings must *always* remain separate, I agree that trial management does not provide a safe haven for erroneous evidentiary rulings.

[25] Trial management decisions and the rules of evidence must generally remain separate issues on appellate review. The standard of review for evidentiary errors is correctness, while deference is owed to trial management decisions. Extrinsic

[2014] 2 R.C.S. 167, par. 58; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 26).

[21] Le pouvoir de gestion de l'instance vise trois objectifs interreliés : l'équité, l'efficacité et l'efficience des procès (*R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, par. 47; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444, par. 22 (CanLII)).

[22] Le juge peut intervenir de nombreuses façons pour gérer le déroulement du procès; il peut notamment restreindre un contre-interrogatoire qui est indûment répétitif, sans queue ni tête, pointilleux, trompeur ou dépourvu de pertinence (*R. c. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179, par. 167-168; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), par. 25). Le pouvoir de gestion de l'instance est un outil essentiel et versatile; il doit toutefois être exercé avec prudence (*R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 38). En règle générale, les parties devraient pouvoir présenter leur cause comme bon leur semble (*Polanco*, par. 29).

[23] Il est particulièrement important de gérer le déroulement des procès pour que justice soit rendue en temps utile compte tenu de la décision de la Cour dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 139. La durée excessive des procès peut être atténuée s'ils sont bien gérés.

[24] Garantir l'efficience ne peut toutefois se faire au détriment des règles de preuve. Monsieur Samaniego soutient que les décisions relatives à la gestion de l'instance et en matière de preuve doivent toujours rester distinctes pour garantir que des décisions erronées en cette dernière matière ne puissent revêtir le vernis de la gestion de l'instance lors d'un examen en appel. Bien que je ne souscrive pas à l'avis selon lequel les décisions relatives à la gestion de l'instance et en matière de preuve doivent *toujours* rester distinctes, je conviens que la gestion de l'instance ne peut pas servir à légitimer les décisions erronées en matière de preuve.

[25] Les décisions relatives à la gestion de l'instance et celles en matière de preuve doivent généralement être traitées distinctement lors de l'examen en appel. La norme de contrôle des erreurs en matière de preuve est celle de la décision correcte, tandis que les décisions

evidentiary errors are held to a more stringent standard of review than trial management decisions. The trial management power is not a license to exclude otherwise relevant and material evidence in the name of efficiency.

[26] Sometimes trial management decisions will overlap with the rules of evidence. For example, where counsel tries to revive a line of inquiry that the trial judge has previously barred in an evidentiary ruling, the rules of evidence and trial management overlap. Drawing on the previous evidentiary ruling — that the line of questioning is barred by an evidentiary rule — the judge exercises their trial management power to curtail irrelevant and repetitive questioning. As this example illustrates, it is important on appellate review that trial management decisions are examined in the context of the trial as a whole, rather than as isolated incidents. Trial management decisions, as the one in this example, engage the judge’s discretion. Absent error in principle or unreasonable exercise, these discretionary decisions deserve deference (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 44).

C. *The Impugned Trial Rulings*

[27] Mr. Samaniego submits that the trial judge improperly curtailed four lines of questioning during his counsel’s cross-examination of the security guard: (1) whether there was a cocaine transaction between Mr. Serrano and the security guard; (2) whether the security guard was “scared” at any time during the incident; (3) whether the security guard “refused” to identify the two accused; and (4) who dropped the gun and who picked it up. He does not raise ineffective assistance of counsel. The Crown submits that the judge properly curtailed all four lines of questioning as an exercise of her trial management power.

relatives à la gestion de l’instance commandent la déférence. Ainsi, les erreurs en matière de preuve susceptibles d’être isolées sont soumises à une norme de contrôle plus exigeante que les décisions relatives à la gestion de l’instance. Le pouvoir de gestion de l’instance ne permet pas d’exclure des éléments de preuve autrement pertinents et importants au nom de l’efficience.

[26] Parfois, les décisions relatives à la gestion de l’instance chevauchent les règles de preuve. C’est le cas, par exemple, lorsqu’un avocat tente de raviver une ligne d’interrogatoire que le juge du procès a déjà interdit de traiter dans une décision en matière de preuve. Se fondant sur la décision antérieure en matière de preuve — selon laquelle cette ligne d’interrogatoire ne peut être abordée selon une règle de preuve —, le juge exerce son pouvoir de gestion de l’instance pour restreindre un interrogatoire dépourvu de pertinence et répétitif. Comme l’illustre cet exemple, il importe, en appel, que les décisions relatives à la gestion de l’instance soient examinées dans le contexte du procès dans son ensemble, plutôt que comme des incidents isolés. Les décisions relatives à la gestion de l’instance, comme celle dans l’exemple que je viens de donner, font appel au pouvoir discrétionnaire du juge. En l’absence d’une erreur de principe ou d’un exercice déraisonnable de ce pouvoir, les décisions qui en sont le fruit commandent la déférence (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 44).

C. *Les décisions contestées rendues au procès*

[27] Monsieur Samaniego fait valoir que le juge du procès a indûment restreint quatre lignes d’interrogatoire durant le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par son avocate lorsque celle-ci cherchait à savoir : (1) s’il y avait eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien de sécurité; (2) si le gardien de sécurité avait eu « peur » à quelque moment que ce soit durant l’incident; (3) si le gardien de sécurité avait « refusé » d’identifier les deux accusés; (4) qui avait laissé tomber l’arme à feu et qui l’avait ramassée. Il ne plaide pas l’assistance ineffective de son avocate. La Couronne soutient que le juge a régulièrement restreint les quatre lignes d’interrogatoire dans le cadre de l’exercice de son pouvoir de gestion de l’instance.

[28] As I will explain, the trial judge did not err in curtailing the first three impugned lines of questioning. This Court only divides on the fourth ruling set out in the preceding paragraph, namely who dropped the gun and who picked it up. On that ruling, while I am satisfied that the curtailment of questioning was erroneous in part, I conclude that the error was harmless and occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeal.

(1) Whether There Was a Cocaine Transaction Between Mr. Serrano and the Security Guard

(a) *Background and Ruling*

[29] Trial counsel attempted to pursue a line of questioning intended to suggest that Mr. Serrano went to the club that night either to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. She asked the guard if he took cocaine that day. He said no. She asked if he saw Mr. Serrano taking cocaine. He said no. Trial counsel then suggested to the guard that Mr. Serrano had cocaine on him when he was arrested: “Surprise[d] to learn that . . . he had some cocaine on him when he was arrested?” (A.R., vol. II, at p. 85). The guard replied that he did not understand.

[30] Both the Crown and Mr. Serrano’s counsel objected to this line of questioning. The judge excused the jury and conducted a *voir dire*. The Crown submitted that the questioning was improper. While acknowledging that Mr. Serrano was initially charged with possession of cocaine, the Crown did not seek a committal on that charge at the preliminary inquiry. Mr. Serrano’s counsel expressed concern that the issue of cocaine possession was raised at all, given that the parties had agreed to stay away from it, as it amounted to bad character evidence.

[31] Trial counsel indicated that she was unaware that the cocaine issue was off limits, even though

[28] Comme je l’expliquerai, la juge du procès n’a pas commis d’erreur en restreignant les trois premières lignes d’interrogatoire en cause. La Cour n’est divisée que concernant la décision relative au quatrième sujet énoncé au paragraphe précédent, soit celui de savoir qui a laissé tomber l’arme à feu et qui l’a ramassée. À l’égard de cette décision, bien que je sois convaincu que la décision de la juge de restreindre le contre-interrogatoire était partiellement erronée, je conclus que l’erreur a été inoffensive et qu’elle n’a entraîné ni tort important ni erreur judiciaire grave. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

(1) Y a-t-il eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien de sécurité?

a) *Faits et décision*

[29] L’avocate au procès a tenté de poser des questions qui visaient à laisser entendre que M. Serrano s’est rendu à la boîte de nuit le soir en cause soit pour vendre de la cocaïne au gardien de sécurité soit pour lui en acheter. Elle a demandé au gardien s’il avait pris de la cocaïne ce jour-là. Il a répondu que non. Elle a demandé s’il avait vu M. Serrano prendre de la cocaïne. Il a dit que non. L’avocate au procès a ensuite laissé entendre dans sa question au gardien que M. Serrano avait de la cocaïne sur lui lorsqu’il a été arrêté : [TRADUCTION] « Surpris d’apprendre [. . .] qu’il avait de la cocaïne sur lui lorsqu’il a été arrêté? » (d.a., vol. II, p. 85). Le gardien a répondu qu’il ne comprenait pas.

[30] Tant l’avocate de la Couronne que celle de M. Serrano se sont opposées aux questions sur ce sujet. La juge a fait sortir le jury et a mené un voir-dire. La Couronne a fait valoir que les questions étaient inappropriées. Tout en reconnaissant que, au départ, M. Serrano avait été accusé de possession de cocaïne, elle n’a pas demandé le renvoi à procès pour ce chef d’accusation lors de l’enquête préliminaire. L’avocate de M. Serrano s’est dite inquiète que cette question de possession de cocaïne soit même évoquée, puisque, comme elle équivaut à une preuve de mauvaise moralité, les parties avaient convenu de s’en tenir loin.

[31] L’avocate au procès a indiqué qu’elle ne savait pas que la question de la cocaïne ne pouvait pas être

she knew that the charges against Mr. Serrano had been withdrawn. Her position was that Mr. Serrano went to the club to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. She relied on the fact that cocaine was found on Mr. Serrano when he was arrested. She further pointed to a split-second clip in the surveillance video where the guard and Mr. Serrano touched hands, suggesting that this was a drug deal.

[32] The trial judge watched the surveillance video clip twice and concluded that there was no foundation for trial counsel’s suggestion that there was a cocaine transaction between Mr. Serrano and the guard. The momentary touching of hands did not support an inference that any substance was exchanged, much less cocaine. She concluded that this line of questioning was irrelevant to the charges and “completely speculative”.

[33] Later in the cross-examination during another *voir dire*, trial counsel again maintained that she should be able to ask about the cocaine because it was in the disclosure material. The judge found that this information formed no part of the case. It had not been established and trial counsel had given no indication in the pre-trial form that she was going to be relying on discreditable conduct. The judge did not allow further cross-examination on this point.

(b) *The Trial Judge Did Not Err in Curtailing This Line of Questioning*

[34] This ruling involved both an initial evidentiary ruling — that there was no good faith basis for the line of questioning — and a subsequent trial management decision — rejecting trial counsel’s renewed attempts to pursue this questioning.

abordée, même si elle savait que les accusations portées contre M. Serrano à cet égard avaient été retirées. Selon elle, M. Serrano s’est rendu à la boîte de nuit pour vendre de la cocaïne au gardien de sécurité ou pour lui en acheter. Elle se fondait sur le fait que de la cocaïne avait été trouvée sur M. Serrano lorsqu’il a été arrêté. Elle a en outre fait référence à un passage d’une fraction de seconde de la vidéo de surveillance durant laquelle le gardien et M. Serrano se sont touché les mains, suggérant qu’il s’agissait d’une transaction de drogue.

[32] La juge du procès a visionné l’extrait de la vidéo de surveillance à deux reprises et conclu que la suggestion de l’avocate au procès selon laquelle il y a eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien n’était pas fondée. À son avis, l’instant où les mains se sont touchées n’appuie pas une inférence que quelque substance que ce soit a été échangée, et encore moins de la cocaïne. Elle a conclu que les questions sur le sujet n’étaient pas pertinentes pour juger des accusations et qu’elles relevaient [TRADUCTION] « carrément de la conjecture ».

[33] Plus tard durant le contre-interrogatoire, au courant d’un autre voir-dire, l’avocate au procès a soutenu de nouveau qu’elle devrait pouvoir poser des questions quant à la cocaïne parce qu’il en était question dans les documents remis lors de la communication de la preuve. La juge a tranché que ces renseignements ne faisaient pas partie du dossier. Ils n’avaient pas été prouvés et l’avocate au procès n’avait donné aucune indication dans le formulaire de la conférence préparatoire qu’elle allait se fonder sur une conduite déshonorante. La juge n’a autorisé aucune autre question sur le sujet en contre-interrogatoire.

(b) *La juge du procès n’a commis aucune erreur en restreignant cette ligne d’interrogatoire*

[34] Cette décision reposait à la fois sur une décision initiale en matière de preuve — selon laquelle il n’existait aucun fondement de bonne foi pour justifier les questions sur ce sujet — et sur une décision subséquente relative à la gestion de l’instance — rejetant les nouvelles tentatives de l’avocate au procès de continuer cette ligne d’interrogatoire.

[35] The trial judge’s initial evidentiary ruling discloses no error. She correctly assessed whether there was a good faith basis for the questions based on trial counsel’s articulated purpose. Trial judges should not have to go behind counsel’s articulated purpose when making a ruling. While judges may inquire into counsel’s proposed purpose, as a general rule, it is not their function to guess at or suggest more appropriate purposes than those proffered by counsel. In some cases, the purpose of a line of questioning may be apparent from the context, even where it has not been explicitly articulated. However, to ensure a fair trial, trial judges must be careful not to be seen as making arguments for a represented accused or the Crown. This is particularly important in a case like this, where the co-accused were running cut-throat defences.

[36] Nor is it the function of appellate judges to assume the role of trial counsel, formulating questions that counsel could have asked, identifying the legal basis for them, and making arguments that counsel could have made to show that they were permissible. Regrettably, the learned dissenting judge in the Court of Appeal did not heed this admonition. With respect, his reasons bear little relationship to the questions trial counsel sought to ask or the purposes articulated by her for asking them.

[37] Returning to the issue at hand, trial counsel repeatedly said that she wanted to ask about cocaine to demonstrate that Mr. Serrano went to the club to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. The trial judge was entitled to rely on the purpose articulated by counsel for the proposed line of questioning. Even though the judge did not explicitly use the words “good faith”, her findings demonstrate that she answered the correct question: Was there a reasonable inference available on the facts that there was a cocaine transaction between Mr. Serrano and the guard? The judge found that the drug deal hypothesis was “completely speculative” and without any basis after reviewing the surveillance video. This finding is tantamount to finding that no reasonable inference could be drawn and,

[35] La décision initiale de la juge du procès en matière de preuve ne recèle aucune erreur. Elle a bien examiné s’il existait un fondement de bonne foi pour poser les questions en se basant sur ce que l’avocate au procès avait expliqué être son objectif. Le juge du procès ne devrait pas avoir à aller au-delà de l’objectif exprimé par l’avocat pour prendre une décision. Certes, le juge peut se renseigner sur l’objectif que l’avocat cherche à atteindre, mais, règle générale, il ne lui appartient pas de deviner ou de suggérer des objectifs plus appropriés que ceux qu’a exprimés l’avocat. Dans certains cas, l’objet d’une ligne d’interrogatoire peut ressortir du contexte, même s’il n’a pas été expressément énoncé. Toutefois, pour garantir la tenue d’un procès équitable, le juge du procès doit être soucieux de ne pas donner l’impression qu’il présente des arguments pour un accusé représenté ou pour la Couronne. Cela importe particulièrement dans une cause comme celle-ci, où les coaccusés présentent des défenses traîtresses.

[36] Il n’appartient pas non plus aux juges d’appel d’assumer le rôle de l’avocat au procès, en formulant des questions que celui-ci aurait pu poser, en cernant leur fondement juridique, et en faisant valoir des arguments que l’avocat aurait pu plaider pour démontrer qu’elles pouvaient être posées. Malheureusement, le savant juge dissident en Cour d’appel n’a pas tenu compte de ces limites au pouvoir des juges en appel. Avec égards, ses motifs ont bien peu à voir avec les questions que l’avocate au procès cherchait à poser ou avec les objectifs qu’elle avait exprimés viser pour justifier de les poser.

[37] Pour revenir à la question qui nous occupe, l’avocate au procès a affirmé à plusieurs reprises qu’elle souhaitait poser des questions concernant la cocaïne pour démontrer que M. Serrano s’était rendu à la boîte de nuit pour vendre de cette drogue au gardien de sécurité ou pour lui en acheter. La juge du procès était autorisée à se fonder sur l’objectif que l’avocate disait poursuivre en souhaitant traiter du sujet durant son contre-interrogatoire. Même si la juge n’a pas utilisé explicitement l’expression « bonne foi », ses conclusions démontrent qu’elle a répondu à la bonne question : était-il possible d’inférer raisonnablement des faits qu’il y avait eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien? Après avoir visionné la vidéo de surveillance, elle a conclu que l’hypothèse d’une transaction de drogue

therefore, that there was no good faith basis to ask the questions (*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 48).

[38] When trial counsel revived her attempts to ask about the cocaine later on in the cross-examination, the trial judge reasonably exercised her trial management power to curtail irrelevant questioning that would not have furthered any issue at trial (*Ivall*, at para. 168). Her decision is owed deference and does not warrant intervention.

(2) Whether the Security Guard Was “Scared” at Any Time During the Incident

(a) *Background and Ruling*

[39] Trial counsel asked the security guard a series of questions, apparently designed to establish that he was lying about being “scared” at the club that night. She began by having him read out a portion of his police statement where, in response to being asked how he felt when Mr. Serrano dropped the gun beside him, he replied: “I was not scared, but surprised” (A.R., vol. II, at p. 82). Trial counsel then asked the guard to confirm that he said he was not scared. The guard agreed that he was not scared at that moment. Shortly thereafter, trial counsel suggested to him that he was not scared at all on the day of the incident. The guard agreed.

[40] Later on during a *voir dire*, Mr. Serrano’s counsel objected to trial counsel’s portrayal of the security guard’s evidence about not being scared during the incident. Specifically, Mr. Serrano’s counsel argued that it was unfair for trial counsel to maintain that the guard was not scared that day, based on an isolated portion of his police statement, where elsewhere in the statement, he said he was scared. Trial counsel

relevait [TRADUCTION] « carrément de la conjecture » et était sans fondement. En arriver à cette conclusion revenait à conclure qu’il n’était pas possible de tirer une inférence raisonnable et que, en conséquence, il n’y avait pas de fondement de bonne foi justifiant de poser les questions (*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 48).

[38] Lorsque l’avocate au procès a renouvelé ses tentatives d’interroger le témoin relativement à la cocaïne plus tard durant son contre-interrogatoire, la juge du procès a raisonnablement exercé son pouvoir de gestion de l’instance pour interdire les questions non pertinentes qui n’auraient pas servi à résoudre les questions en litige (*Ivall*, par. 168). Sa décision commande la déférence et ne justifie pas d’intervention.

(2) Le gardien de sécurité a-t-il eu « peur » à quelque moment que ce soit durant l’incident?

a) *Faits et décision*

[39] L’avocate au procès a posé au gardien de sécurité une série de questions qui visait apparemment à établir qu’il mentait lorsqu’il disait avoir eu « peur » à la boîte de nuit le soir de l’incident. Elle a commencé en lui demandant de lire un extrait de sa déclaration à la police dans laquelle, en réponse à la question sur la façon dont il s’était senti lorsque M. Serrano avait laissé tomber l’arme à feu à côté de lui, il avait répondu : [TRADUCTION] « Je n’ai pas eu peur, mais j’ai été surpris » (d.a., vol. II, p. 82). L’avocate au procès a ensuite demandé au gardien de confirmer qu’il avait dit ne pas avoir eu peur. Le gardien a redit qu’il n’avait pas eu peur sur le coup. Peu de temps après, l’avocate au procès lui a suggéré qu’il n’avait pas du tout eu peur le jour de l’incident. Le gardien en a convenu.

[40] Plus tard, durant un *voir-dire*, l’avocate de M. Serrano s’est opposée à la façon dont l’avocate au procès décrivait le témoignage du gardien de sécurité à propos de son absence de sentiment de peur durant l’incident. Plus précisément, l’avocate de M. Serrano a plaidé qu’il était injuste que sa collègue soutienne que le gardien n’avait pas eu peur ce jour-là, en se fondant sur un extrait pris hors contexte de sa déclaration à la

agreed that there was another passage in the statement where the guard said he was scared.

[41] The judge found that it was unfair to excerpt parts of the police statement in a misleading way. She decided that the easiest way to deal with this problem was to provide a corrective instruction to the jury immediately, rather than take the security guard back to the confusing statement. She instructed the jury that, in addition to the passage trial counsel highlighted where the guard said he was not scared for his safety, there was another passage in his police statement where he said he was scared. Trial counsel did not object or express any disagreement with this instruction.

[42] Immediately following the corrective instruction, trial counsel asked the security guard if he agreed that there was a passage in his police statement where he said he was not scared and another passage where he said he was scared. The guard agreed.

(b) *The Trial Judge Did Not Err in Curtailing This Line of Questioning*

[43] The judge's trial management decision to curtail and clarify trial counsel's misleading suggestion was reasonable and is owed deference. It was misleading to suggest that the security guard was not scared that day and only reference a passage of the police statement which supported this suggestion, knowing that elsewhere in the statement, he told the police he was scared. While not an irrelevant line of questioning, it would have been a needless waste of court time to allow trial counsel to pursue it, only to learn later that the questions were misleading and could only serve to distract or confuse the jury. The judge reasonably exercised her trial management power to stop this misleading questioning and correct it with an instruction to the jury.

police, alors qu'ailleurs dans la déclaration, il avait affirmé avoir eu peur. L'avocate au procès a convenu qu'il existait un autre passage de la déclaration dans laquelle le gardien avait affirmé avoir eu peur.

[41] La juge a conclu qu'il était inéquitable d'extraire de manière trompeuse certains passages de la déclaration à la police. Elle a décidé que la façon la plus facile de gérer ce problème consistait à donner immédiatement aux jurés une directive correctrice, plutôt que d'interroger de nouveau le gardien de sécurité relativement à la déclaration qui portait à confusion. Elle a indiqué au jury que, en plus du passage souligné par l'avocate au procès où le gardien affirmait dans sa déclaration à la police ne pas avoir eu peur pour sa sécurité, il en existait un autre dans lequel il affirmait le contraire. L'avocate au procès ne s'est pas opposée à cette directive et n'a pas exprimé de désaccord à son sujet.

[42] Immédiatement après que la juge a donné cette directive correctrice, l'avocate au procès a demandé au gardien de sécurité s'il était d'accord pour dire qu'il y avait un passage dans sa déclaration à la police où il affirmait ne pas avoir eu peur et un autre où il disait avoir eu peur. Le gardien en a convenu.

b) *La juge du procès n'a pas commis d'erreur en restreignant cette ligne d'interrogatoire*

[43] La décision de la juge du procès relative à la gestion de l'instance consistant à empêcher l'avocate au procès de faire une suggestion trompeuse et à clarifier les faits était raisonnable et commande la déférence. Il était trompeur de suggérer que le gardien de sécurité n'avait pas eu peur ce jour-là et de ne faire référence qu'à un passage de la déclaration à la police qui appuyait cette suggestion, tout en sachant que, ailleurs dans la déclaration, il avait dit aux policiers qu'il avait eu peur. Cette ligne d'interrogatoire n'était pas sans pertinence, mais permettre à l'avocate au procès de la poursuivre, uniquement pour apprendre plus tard qu'elle était trompeuse et ne pouvait servir qu'à distraire ou à confondre le jury, aurait été une perte de temps. La juge a raisonnablement exercé son pouvoir de gestion de l'instance, pour mettre fin à cet interrogatoire trompeur et pour corriger la fausse impression que celui-ci avait laissée, en donnant une directive au jury.

[44] Mr. Samaniego suggests that it was wrong for the judge to provide the corrective instruction before the security guard formally adopted the passage in his police statement where he said he was scared. I disagree. There was no error for three reasons.

[45] First, directly after the instruction, trial counsel had the security guard adopt the passage of his police statement where he said he was scared. This momentary delay caused no prejudice to Mr. Samaniego.

[46] Second, all parties agreed that the security guard's police statement contained a passage where he said that he was scared. Adopting the passage was an evidentiary formality in the circumstances.

[47] Third, trial counsel did not raise any objection to the judge providing a corrective instruction. This may have been a tactical choice because further highlighting the guard's prior consistent statement would have undermined Mr. Samaniego's overarching theory: that the guard was lying. While not determinative, lack of objection to the judge's instruction is informative as to the materiality of an alleged error (*R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301, at para. 38).

[48] Mr. Samaniego suffered no unfairness from the judge drawing attention to a passage of the security guard's police statement that he had not yet explicitly adopted. The judge was reasonably responding to misleading questioning by trial counsel. Any minor prejudice was fleeting because the guard adopted the passage from his statement immediately after the corrective instruction.

(3) Whether the Security Guard “Refused” to Identify the Two Accused

(a) *Background and Ruling*

[49] At trial, trial counsel attempted to confront the security guard with a line from his preliminary

[44] Selon M. Samaniego, il était inapproprié que la juge donne la directive correctrice avant que le gardien de sécurité adopte formellement le passage de sa déclaration à la police où il avait affirmé avoir eu peur. Je ne suis pas d'accord. L'approche adoptée ne comportait aucune erreur, et ce, pour trois raisons.

[45] Premièrement, immédiatement après que la juge a formulé la directive, l'avocate au procès a demandé au gardien de sécurité d'adopter le passage de sa déclaration à la police où il avait dit avoir eu peur. Ce délai momentané n'a causé aucun préjudice à M. Samaniego.

[46] Deuxièmement, les parties convenaient toutes que la déclaration du gardien de sécurité à la police contenait un passage où il avait affirmé avoir eu peur. Dans les circonstances, l'adoption du passage était une formalité en matière de preuve.

[47] Troisièmement, l'avocate au procès ne s'est pas opposée à ce que la juge donne la directive correctrice. Il s'agissait possiblement d'un choix tactique de sa part, puisque le fait de mettre davantage en évidence la déclaration antérieure compatible du gardien aurait miné la théorie globale de M. Samaniego, soit que le gardien mentait. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'absence d'opposition à la directive de la juge est révélatrice quant à l'importance de l'erreur alléguée (*R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301, par. 38).

[48] Monsieur Samaniego n'a subi aucune injustice du fait que la juge a attiré l'attention sur un passage de la déclaration du gardien de sécurité à la police qu'il n'avait pas encore explicitement adopté. La juge réagissait raisonnablement à un interrogatoire trompeur que menait l'avocate au procès. Tout préjudice mineur qu'aurait subi M. Samaniego a été éphémère parce que le gardien a adopté le passage de sa déclaration immédiatement après que la juge a donné la directive correctrice.

(3) Le gardien de sécurité a-t-il « refusé » d'identifier les deux accusés?

a) *Faits et décision*

[49] Durant l'audition de la cause, l'avocate au procès a tenté de prendre le gardien de sécurité en

inquiry testimony, in which, according to counsel, he was “refusing” to identify the two accused. The trial judge did not allow the questions.

[50] On the first of several days of examination-in-chief at the preliminary inquiry, the security guard testified about his interactions with the two accused. The proceeding was adjourned in the middle of his examination-in-chief. Over four months later, the preliminary inquiry resumed and the Crown continued its examination-in-chief by reminding the guard that he had testified months earlier about his interactions with the two accused. The guard agreed. The Crown then showed him a surveillance video of the night in question.

[51] At the outset of the renewed questioning, the guard had difficulty identifying the persons in the video as the two accused. Crown counsel indicated that he had spoken with both defence counsel and it was agreed that the video showed the guard interacting with the two accused. The guard replied: “I do understand what you say, but the thing is that I’m not sure — I don’t recall really whether those are the same people” (R.R., vol. I, at p. 40). The Crown indicated again that there was no issue that the two people in the video were the two accused. The rest of the video was played and the guard answered questions in which he identified the two accused in the video. Trial counsel did not cross-examine him at the preliminary inquiry on any source of confusion regarding identification.

[52] At trial, however, she sought to cross-examine the guard on his evidence from the preliminary inquiry in which he testified that he could not recall whether the two accused were the persons in the video. In a *voir dire* to determine the propriety of a proposed line of questioning, she told the trial judge that she intended to ask the security guard about this aspect of his testimony because it demonstrated that he did not want to identify the two accused. The judge reiterated that identity was admitted. She ruled that trial counsel

défaut en lui rappelant une réponse de son témoignage durant l’enquête préliminaire par laquelle, d’après l’avocate, il avait [TRADUCTION] « refusé » d’identifier les deux accusés. La juge du procès n’a pas permis qu’elle pose des questions sur ce sujet.

[50] Durant le premier de plusieurs jours d’interrogatoire en chef lors de l’enquête préliminaire, le gardien de sécurité a témoigné relativement à ses interactions avec les deux accusés. La séance a été ajournée au milieu de son interrogatoire en chef. Plus de quatre mois plus tard, l’enquête préliminaire a repris et l’avocate de la Couronne a continué son interrogatoire en chef en rappelant au gardien qu’il avait témoigné des mois plus tôt à propos de ses interactions avec les deux accusés. Le gardien en a convenu. L’avocate de la Couronne lui a alors montré une vidéo de surveillance de la nuit en cause.

[51] Au tout début de la reprise de l’interrogatoire, le gardien avait de la difficulté à dire que les personnes sur la vidéo étaient les deux accusés. L’avocate de la Couronne a indiqué qu’elle avait discuté avec les deux avocates de la défense et qu’elles avaient convenu que c’étaient le gardien et les deux accusés qu’on voyait interagir sur la vidéo. Le gardien a répliqué : [TRADUCTION] « Je comprends ce que vous dites, mais le fait est que je ne suis pas certain — je n’arrive pas vraiment à me rappeler s’il s’agit des mêmes personnes » (d.i., vol. I, p. 40). L’avocate de la Couronne a répété que l’identité des deux personnes dans la vidéo faisait consensus, il s’agissait des deux accusés. Le reste de la vidéo a été visionné et, en réponse à certaines questions, le gardien y a identifié les deux accusés. L’avocate au procès ne l’a pas contre-interrogé lors de l’enquête préliminaire quant à quelque source de confusion que ce soit en ce qui a trait à l’identification.

[52] Cependant, au procès, elle a cherché à contre-interroger le gardien quant au passage de son témoignage à l’enquête préliminaire où il a affirmé qu’il n’arrivait pas à se rappeler si les deux accusés étaient les personnes dans la vidéo. Durant un *voir-dire* pour décider de l’opportunité des questions qu’elle entendait poser, elle a informé la juge du procès qu’elle avait l’intention de questionner le gardien de sécurité relativement à cet aspect de son témoignage parce qu’il démontrait que le gardien ne voulait pas identifier les deux accusés.

could not pluck a line from the preliminary inquiry testimony that was not relevant to an issue at trial, nor pursued as an issue at the preliminary inquiry.

[53] Later on during the *voir dire*, trial counsel tried to revive this line of questioning, maintaining that at the preliminary inquiry, the security guard was “refusing to identify” the two accused in the video (A.R., vol. II, at p. 190). Again, the judge reiterated that identification of the two accused was not an issue and that trial counsel had not pursued it as an issue at the preliminary inquiry.

(b) *The Trial Judge Did Not Err in Curtailing This Line of Questioning*

[54] The trial judge appropriately prevented trial counsel from pursuing this misleading line of questioning. The judge was entitled to rely on trial counsel’s articulated purpose for her questions. Trial counsel’s purpose was to suggest that the security guard refused to identify the two accused at the preliminary inquiry. This was simply not true. The guard’s comment about not recalling whether the two persons in the video were the two accused must be taken in context. At the preliminary inquiry, the guard identified the two accused as those involved in the incident, both before and after the impugned comment. To suggest he refused to identify the accused was misleading.

[55] Furthermore, if there was any concern that the security guard was refusing to identify the two accused, this concern was dispelled at trial. The guard identified the two accused as the persons in the surveillance video near the beginning of his examination-in-chief. There was no issue that the guard could not, or would not, identify the accused as the two persons in the video.

[56] The judge reasonably exercised her trial management power to curtail this misleading and irrelevant line of questioning. Her decision is owed deference.

La juge a réitéré que l’identité des personnes dans la vidéo avait été admise. Elle a décidé que l’avocate au procès ne pouvait pas extraire une ligne du témoignage à l’enquête préliminaire qui n’était pas pertinente quant à une question en litige au procès et qui n’avait pas fait l’objet d’un débat à l’enquête préliminaire.

[53] Plus tard durant le voir-dire, l’avocate au procès a tenté de revenir sur le sujet et a maintenu que, lors de l’enquête préliminaire, le gardien de sécurité [TRADUCTION] « refusait d’identifier » les deux accusés dans la vidéo (d.a., vol. II, p. 190). Une fois de plus, la juge a réitéré que l’identification des deux accusés n’était pas en litige et que l’avocate au procès n’avait pas soulevé la question à l’enquête préliminaire.

b) *La juge du procès n’a pas commis d’erreur en restreignant cette ligne d’interrogatoire*

[54] La juge du procès a empêché à bon droit l’avocate au procès de poursuivre cette ligne d’interrogatoire trompeuse. La juge pouvait se fonder sur ce que cette dernière avait dit être l’objet de ses questions. Elle voulait laisser entendre que le gardien de sécurité avait refusé d’identifier les deux accusés à l’enquête préliminaire. Cela n’était tout simplement pas vrai. Le commentaire du gardien selon lequel il n’arrivait pas à se souvenir si les deux personnes dans la vidéo étaient les deux accusés doit être pris dans son contexte. À l’enquête préliminaire, le gardien a identifié les deux accusés comme étant ceux qui avaient été impliqués dans l’incident, tant avant qu’après avoir formulé le commentaire en cause. Il était trompeur de laisser entendre qu’il avait refusé d’identifier les accusés.

[55] En outre, s’il y avait un doute que le gardien de sécurité avait refusé d’identifier les deux accusés, ce doute a été dissipé au procès. Le gardien a identifié les deux accusés comme étant les personnes dans la vidéo de surveillance au début de son interrogatoire en chef. La question de savoir si le gardien ne pouvait pas, ou ne voulait pas, identifier les accusés comme étant les deux personnes dans la vidéo ne se posait pas.

[56] La juge a raisonnablement exercé son pouvoir de gestion de l’instance pour restreindre cette ligne d’interrogatoire trompeuse et non pertinente.

The questions were not relevant to the resolution of any live issues in the case. Rather, they were misleading, wasteful of court time, and disruptive to the jury. Mr. Samaniego was entitled to a fair trial, not an endless one (*Ivall*, at para. 168).

(4) Who Dropped the Gun and Who Picked It Up

(a) *Background and Ruling*

[57] Shortly after the incident at the club, the security guard told the police in a recorded statement that Mr. Serrano dropped the gun in front of him at the club and picked it back up. At the preliminary inquiry, the guard initially testified that he was unsure who dropped the gun and picked it up. The Crown tried to refresh his memory by asking him to read his police statement. He testified that he still did not remember.

[58] The Crown then asked the guard to reread a portion of his police statement. The security guard testified that he could not really remember what happened because it was a long time ago, but he confirmed that his memory was fresher when he gave his police statement. In the face of this response, the Crown sought and received permission from the preliminary inquiry judge to have his statement on this point entered into evidence as past recollection recorded — a method of refreshing the memory of a witness who does not have a present recollection of an event by having them adopt a document that reliably recorded their memory at or around the time of the event (D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at pp. 539-40).

[59] At trial, the security guard testified in accordance with his police statement: that Mr. Serrano dropped the gun and picked it up. Trial counsel confronted the guard with the contrary evidence he had initially given at the preliminary inquiry and asked:

Sa décision commande la déférence. Les questions n'étaient pertinentes à la résolution d'aucune des questions en litige dans la cause. Elles étaient plutôt trompeuses, faisaient perdre du temps au tribunal, et perturbaient le jury. Monsieur Samaniego avait droit à un procès équitable, pas à un procès interminable (*Ivall*, par. 168).

(4) Qui a laissé tomber l'arme à feu et qui l'a ramassée?

a) *Faits et décision*

[57] Peu de temps après l'incident à la boîte de nuit, le gardien de sécurité a dit à la police dans une déclaration enregistrée que M. Serrano avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu devant lui, à la boîte de nuit. À l'enquête préliminaire, le gardien a d'abord affirmé ne pas être certain de l'identité de celui qui avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu. L'avocate de la Couronne a tenté de lui rafraîchir la mémoire en lui demandant de lire sa déclaration à la police. Il a affirmé qu'il n'arrivait toujours pas à s'en souvenir.

[58] L'avocate de la Couronne a alors demandé au gardien de relire une portion de sa déclaration à la police. Celui-ci a affirmé qu'il n'avait pas vraiment de souvenir des événements parce que cela s'était déroulé il y a longtemps, mais il a confirmé que sa mémoire était plus fraîche lorsqu'il a fait sa déclaration à la police. Compte tenu de cette réponse, l'avocate de la Couronne a sollicité et reçu la permission du juge de l'enquête préliminaire de déposer en preuve la déclaration du gardien sur ce point à titre d'enregistrement du souvenir — une méthode pour rafraîchir la mémoire d'un témoin qui ne se souvient pas d'un événement en lui faisant adopter un document qui a attesté ses souvenirs de manière fiable au moment de l'événement ou peu après (D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8^e éd. 2020), p. 539-540).

[59] Au procès, le gardien de sécurité a affirmé, comme dans sa déclaration à la police, que M. Serrano avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu. L'avocate au procès a cherché à prendre le gardien en défaut en invoquant le témoignage à l'effet contraire qu'il avait

“... why did you not tell what you’re telling us today or yesterday?” (A.R., vol. II, at p. 177).

[60] Crown counsel objected. She submitted that this was not a fair question because the security guard had adopted his police statement at the preliminary inquiry as past recollection recorded due to a genuine memory lapse. It was misleading for trial counsel to suggest that he was lying by not giving the same version of events at trial as he did at the preliminary inquiry. The Crown suggested that trial counsel “can put to the witness that his memory was fading on some aspects at the preliminary inquiry and ask him why he remembers those portions today, but not to say he was lying at the preliminary inquiry” (*ibid*, p. 184).

[61] The judge agreed that trial counsel could challenge the security guard on the contents of his police statement and on his failing memory. She could not, however, question him about his first version of events before adopting his police statement as past recollection recorded. The trial judge decided that, since the preliminary inquiry judge ruled that the guard’s police statement was his evidence on that point, she could not go “back behind that ruling” (*ibid.*).

(b) *The Trial Judge Erred in Curtailing This Line of Questioning*

[62] The trial judge’s ruling had two aspects. The first was an unproblematic trial management ruling targeting misleading questioning that would have confused the jury and needlessly prolonged the trial. The judge reasonably ruled that trial counsel could not pursue a line of questioning designed to show that the security guard had not told the same story at trial as he did at the preliminary inquiry. This was a misleading suggestion because the guard *did* tell the same story at trial and at the preliminary inquiry — both times in accordance with his police statement.

rendu initialement lors de l’enquête préliminaire et lui a demandé : [TRADUCTION] : « ... pourquoi n’avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd’hui ou ce que vous nous avez dit hier? » (d.a., vol. II, p. 177).

[60] L’avocate de la Couronne s’est opposée à cette question. Elle a fait valoir que celle-ci était injuste puisque le gardien de sécurité avait adopté sa déclaration à la police lors de l’enquête préliminaire à titre d’enregistrement du souvenir parce qu’il avait un réel trou de mémoire. Il était trompeur que l’avocate au procès laisse entendre qu’il mentait en ne donnant pas au procès la même version des événements qu’il avait donnée à l’enquête préliminaire. Selon l’avocate de la Couronne, l’avocate au procès [TRADUCTION] « peut suggérer au témoin qu’il avait perdu la mémoire quant à certains éléments lors de l’enquête préliminaire et lui demander pourquoi il s’en souvient aujourd’hui, mais elle ne peut pas affirmer qu’il mentait à l’enquête préliminaire » (*ibid*, p. 184).

[61] La juge partageait l’avis que l’avocate au procès pouvait interroger le gardien de sécurité sur le contenu de sa déclaration à la police et sur sa mémoire défaillante. Toutefois, elle ne pouvait pas le questionner à propos de sa première version des événements donnée avant l’adoption de sa déclaration à la police à titre d’enregistrement du souvenir. La juge du procès a décidé que, puisque le juge de l’enquête préliminaire avait conclu que la déclaration du gardien à la police constituait son témoignage sur ce point, elle ne pouvait pas [TRADUCTION] « revenir en arrière » (*ibid.*).

b) *La juge du procès a commis une erreur en restreignant cette ligne d’interrogatoire*

[62] La décision de la juge du procès comportait deux aspects. Le premier consistait en une décision bien fondée quant à la gestion de l’instance à propos de questions trompeuses qui auraient pu dérouter le jury et prolonger inutilement le procès. Elle a raisonnablement jugé que l’avocate au procès ne pouvait pas poser des questions qui visaient à démontrer que le gardien de sécurité avait fait un récit au procès et un autre à l’enquête préliminaire. Cela aurait été trompeur parce que le gardien *a bel et bien* raconté la même histoire au procès et à l’enquête préliminaire — chaque fois

While it was true that he offered a contrary story at the preliminary inquiry before adopting his police statement, trial counsel was not seeking to expose the inconsistent versions given at the preliminary inquiry. Rather, her suggestion implied that he said only one thing at the preliminary inquiry and the opposite at trial. This was simply not true.

[63] The trial judge was entitled to rely on trial counsel's framing of her proposed line of questioning. She did so and reasonably concluded that it was misleading to suggest that the security guard lied at trial and/or the preliminary inquiry by not telling the same story. That was a misleading characterization of the facts. As such, she was entitled to exercise her trial management power to curtail the proposed questions that, while not irrelevant, unfairly characterized the facts to the point that asking them would have been more distracting than informative (*John*, at para. 60). She did, however, allow trial counsel leeway to reframe her questions to ask the guard about his failing memory. This aspect of her ruling reveals no error.

[64] The second, and more problematic, aspect of the trial judge's ruling was her further restriction of any cross-examination about the security guard's preliminary inquiry testimony prior to his adoption of his police statement. This was an evidentiary ruling, reviewable on a correctness standard. It was incorrect for the judge to tell trial counsel she could not go "behind" the preliminary inquiry judge's ruling on past recollection recorded. Trial judges are not bound by evidentiary rulings made at the preliminary inquiry. More importantly, the guard's adoption of his police statement as true did not erase his different initial version of events. With respect, the trial judge erred in holding that there was no inconsistency trial counsel could probe, had she sought to do so. The remaining question is whether this error was fatal. In my view, it was not.

à l'image de sa déclaration à la police. Certes, il a fait un récit contraire à l'enquête préliminaire avant d'adopter sa déclaration à la police, mais l'avocate au procès ne cherchait pas à dévoiler les versions contradictoires données à l'enquête préliminaire. Elle laissait plutôt entendre qu'il avait dit seulement une chose à l'enquête préliminaire et le contraire au procès. Cela n'était tout simplement pas vrai.

[63] La juge du procès pouvait se fonder sur la description qu'avait donnée l'avocate au procès de la ligne d'interrogatoire qu'elle entendait suivre. Elle l'a fait et a raisonnablement conclu qu'il était trompeur de laisser entendre que le gardien de sécurité avait menti au procès ou à l'enquête préliminaire en ne faisant pas le même récit. Il s'agissait d'une qualification trompeuse des faits. Ainsi, elle était en droit d'exercer son pouvoir de gestion de l'instance pour restreindre les questions que l'avocate au procès souhaitait poser et qui, même si elles ne manquaient pas de pertinence, qualifiaient injustement les faits au point où les poser aurait été plus déroutant qu'informatif (*John*, par. 60). Elle a toutefois laissé de la latitude à l'avocate au procès pour qu'elle reformule ses questions et interroge le gardien à propos de sa mémoire défaillante. Cet aspect de sa décision ne contient aucune erreur.

[64] Le second aspect de la décision de la juge du procès, qui lui est plus problématique, concerne sa décision d'également interdire tout contre-interrogatoire quant à la portion du témoignage du gardien de sécurité lors de l'enquête préliminaire qui a été rendue avant qu'il n'adopte sa déclaration à la police. Cette décision relevait de la preuve, et elle peut être contrôlée en appliquant la norme de la décision correcte. La juge a eu tort de dire à l'avocate au procès qu'elle ne pouvait [TRADUCTION] « revenir en arrière », à avant la décision du juge de l'enquête préliminaire quant à l'enregistrement du souvenir. Le juge du procès n'est pas lié par les décisions en matière de preuve rendues lors de l'enquête préliminaire. Fait plus important, l'adoption par le gardien de sa déclaration à la police comme étant véridique n'a pas effacé sa version initiale différente des événements. Avec égards, la juge du procès a commis une erreur en décidant qu'il n'y avait aucune contradiction que l'avocate au procès aurait pu sonder, si elle avait cherché à le faire. Il reste donc à savoir si cette erreur a été fatale. À mon avis, elle ne l'a pas été.

D. *The Curative Proviso Applies*

[65] The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* allows a court of appeal to dismiss an appeal from conviction where “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. The Crown may rely on the curative proviso where the error is harmless or trivial or where the evidence is so overwhelming that a conviction was inevitable (*R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 53). No one suggests that the evidence in this case was overwhelming; accordingly, our sole concern is whether the error was harmless or trivial, such that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had it not been made (*R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 85; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28).

[66] The Crown raised the curative proviso for the first time in oral submissions. Even though it was not raised in its factum, this does not necessarily bar its application. Appellate courts may apply the curative proviso if the Crown has implicitly raised it by arguing, in essence, that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred or that the evidence of guilt is so overwhelming such that the verdict would have been the same (*R. v. Ajise*, 2018 SCC 51, [2018] 3 S.C.R. 301, at para. 1, aff’g 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384, at para. 32; *R. v. Cole*, 2021 ONCA 759, at paras. 155-58 (CanLII); *R. v. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208, at para. 49). Though it would have been preferable had the Crown raised the proviso in its factum, I am satisfied that the content of its factum and the invocation of the proviso in oral argument allows this Court to consider it. There is no prejudice to Mr. Samaniego. Experienced appellate counsel representing him made submissions on the proviso in his main argument and again in reply. He did not submit that we should bar the Crown from raising it. In any event, even if he had, I would have granted leave to the Crown to do so in the interests of justice.

D. *La disposition réparatrice s’applique*

[65] La disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* autorise une cour d’appel à rejeter l’appel d’une déclaration de culpabilité si « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La Couronne peut s’appuyer sur la disposition réparatrice lorsque l’erreur est inoffensive ou négligeable ou lorsque la preuve est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité était inévitable (*R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 53). Personne ne prétend que, dans la présente cause, la preuve était accablante. En conséquence, nous n’avons à trancher que la question de savoir si l’erreur était inoffensive ou négligeable, de sorte qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur (*R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 85; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28).

[66] La Couronne a invoqué pour la première fois la disposition réparatrice durant les plaidoiries orales. Son mémoire était muet à ce sujet, mais cela n’empêche pas nécessairement la disposition de s’appliquer. En effet, les cours d’appel peuvent l’appliquer si la Couronne l’a invoquée implicitement en plaidant essentiellement qu’il ne s’est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ou encore que la preuve de la culpabilité est à ce point accablante que le verdict aurait été le même en l’absence de l’erreur (*R. c. Ajise*, 2018 CSC 51, [2018] 3 R.C.S. 301, par. 1, conf. 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384, par. 32; *R. c. Cole*, 2021 ONCA 759, par. 155-158 (CanLII); *R. c. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208, par. 49). Bien qu’il ait été préférable que la Couronne invoque la disposition réparatrice dans son mémoire, je suis convaincu que la teneur de celui-ci ainsi que l’invocation de cette disposition lors de la plaidoirie orale autorisent la Cour à examiner son application. Monsieur Samaniego n’en subit aucun tort. L’avocat expérimenté qui a représenté ce dernier en appel a formulé des observations quant à la disposition réparatrice durant sa plaidoirie puis, de nouveau, dans sa réplique. Il n’a pas plaidé que nous devrions empêcher la Couronne de l’invoquer. D’ailleurs, même s’il l’avait fait, j’aurais autorisé la Couronne à le faire dans l’intérêt de la justice.

[67] In support of its position, the Crown submits that the incorrect curtailment of one line of questioning, designed to impeach the security guard's credibility, would not have impacted the result. Trial counsel was able to effectively challenge the guard's faulty memory on the point in issue — who dropped the gun and who picked it up — and used this to cast doubt on the overall credibility and reliability of the guard's evidence.

[68] Mr. Samaniego, on the other hand, submits that any improper curtailment of cross-examination in a case where credibility is the central issue should result in a new trial. Being prevented from pursuing a valuable line of inquiry to further his pivotal theory that the security guard was lying constitutes reversible error. With respect, I would not give effect to his submissions for three reasons.

[69] First, both in cross-examination and her closing address, trial counsel brought home to the jury, in no uncertain terms, the primary theory of Mr. Samaniego's defence, namely that the security guard was lying to protect his good friend, Mr. Serrano. Trial counsel vigorously and repeatedly attacked the guard's credibility in cross-examination. In total, she spent one and a half days challenging his credibility on virtually every facet of his evidence. On three occasions, she put the primary theory of Mr. Samaniego's defence directly to him. In the context of this lengthy cross-examination, one further opportunity to attack the guard's credibility would, in my view, have been all but inconsequential in advancing the primary theory of Mr. Samaniego's defence. There was no mystery about it; even Mr. Serrano's counsel and the Crown drew the jury's attention to it in their closing addresses. If the jury knew nothing else, they knew that Mr. Samaniego's defence hinged on undermining the credibility of the security guard by showing that he and Mr. Serrano were good friends and the guard was lying about Mr. Samaniego's involvement to protect Mr. Serrano.

[67] Au soutien de sa position, la Couronne fait valoir que la décision erronée de restreindre une ligne d'interrogatoire, qui visait à miner la crédibilité du gardien de sécurité, n'a pas eu d'incidence sur le résultat. L'avocate au procès a été en mesure de mettre en lumière efficacement la mémoire défaillante du gardien quant au sujet en cause — soit de savoir qui a laissé tomber l'arme à feu et qui l'a ramassée — et de s'en servir pour semer un doute quant à la crédibilité et la fiabilité de l'ensemble du témoignage du gardien.

[68] Pour sa part, M. Samaniego soutient que toute restriction mal fondée au contre-interrogatoire dans une cause où la crédibilité est une question centrale devrait donner lieu à la tenue d'un nouveau procès. Selon lui, le fait de l'avoir empêché de procéder à une ligne d'interrogatoire très utile pour démontrer sa théorie cruciale que le gardien de sécurité mentait constitue une erreur justifiant l'annulation de la décision. Avec égards, je ne ferais pas droit à ses arguments pour trois raisons.

[69] Premièrement, tant durant son contre-interrogatoire que dans son exposé final, l'avocate au procès a présenté au jury, en termes très clairs, la théorie principale de la défense de M. Samaniego, soit que le gardien de sécurité mentait pour protéger son bon ami, M. Serrano. L'avocate au procès a attaqué vigoureusement et à répétition la crédibilité du gardien durant le contre-interrogatoire. Au total, elle a consacré une journée et demie à attaquer sa crédibilité relativement à pratiquement toutes les facettes de son témoignage. À trois occasions, elle a présenté directement au gardien la théorie principale de la défense de M. Samaniego. Dans le contexte de ce long contre-interrogatoire, j'estime qu'une occasion supplémentaire d'attaquer la crédibilité du gardien n'aurait pour ainsi dire eu aucune incidence sur l'avancement de la théorie principale de la défense de M. Samaniego. Il n'y avait aucun mystère à ce sujet; même l'avocate de M. Serrano et l'avocate de la Couronne ont attiré l'attention du jury sur la question dans leurs exposés finaux. Si le jury ne savait qu'une chose, c'est que la défense de M. Samaniego reposait sur le fait de miner la crédibilité du gardien de sécurité en démontrant qu'il entretenait des liens d'amitié avec M. Serrano et qu'il mentait relativement à la participation de M. Samaniego pour protéger M. Serrano.

[70] The jury’s evident knowledge of the primary theory of Mr. Samaniego’s defence distinguishes this case from *Lyttle*, where the trial judge prohibited defence counsel from advancing their primary theory aimed at undermining the credibility of a key witness. Indeed, the judge threatened a mistrial if defence counsel ignored his ruling. On appeal to this Court, the line of questioning that Mr. Lyttle’s defence counsel sought to pursue was found to be proper. As such, the trial judge’s ruling effectively deprived Mr. Lyttle from presenting the primary theory of his defence to the jury. In those circumstances, it goes without saying that the proviso could not reasonably apply. That is a far cry from this case. Here, Mr. Samaniego was able to advance the primary theory of his defence without hindrance.

[71] Let me be clear. There is no categorical rule that any improper interference with cross-examination bars application of the proviso. I need look no further than this Court’s recent decision in *R. V.* Writing for a majority of the Court, Karakatsanis J. applied the proviso, despite finding that defence counsel’s cross-examination was improperly curtailed on a point that was highly relevant, and indeed critical, to defence counsel’s attack on the complainant’s credibility (paras. 7 and 98). As is the case here, Karakatsanis J. found that enough cross-examination was permitted — and occurred — which “allowed the defence to test the evidence with sufficient rigour” (para. 9). In both this case and *R. V.*, the triers of fact were well aware of the critical defence theory based on the questions defence counsel were allowed to ask (para. 98).

[72] Second, on the facts of this case, any possible prejudice arising from this single misstep by the trial judge would have been minimal. Had trial counsel been able to probe the security guard on his inconsistent accounts at the preliminary inquiry, in my view, this would not have furthered Mr. Samaniego’s primary theory; on the contrary, it would have worked against it.

[70] La connaissance manifeste par le jury de la théorie principale de la défense de M. Samaniego distingue la présente cause de l’affaire *Lyttle*, dans laquelle le juge du procès a interdit à l’avocate de la défense de présenter sa théorie principale qui visait à miner la crédibilité d’un témoin clé. En effet, dans cette affaire, le juge a menacé d’annuler le procès si l’avocate de la défense faisait fi de sa décision. En appel devant notre Cour, les questions que l’avocate de la défense de M. Lyttle cherchait à poser ont été jugées appropriées. Ainsi, dans les faits, la décision du juge du procès avait empêché M. Lyttle de présenter la théorie principale de sa défense au jury. Dans ces circonstances, il va sans dire que la disposition réparatrice ne pouvait pas raisonnablement s’appliquer. Cela n’a que peu à voir avec la présente cause. Ici, M. Samaniego a pu faire valoir la théorie principale de sa défense, sans entrave.

[71] Je souhaite toutefois apporter une précision. Aucune règle catégorique ne veut que quelque interférence inappropriée que ce soit dans le contre-interrogatoire empêche l’application de la disposition réparatrice. La décision récente de la Cour dans *R. V.* l’illustre clairement. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Karakatsanis a appliqué cette disposition, et ce, même si elle avait conclu que le contre-interrogatoire de l’avocat de la défense avait été indûment restreint quant à un point très pertinent, et même crucial, pour miner la crédibilité de la plaignante comme il cherchait à le faire (par. 7 et 98). Comme la Cour le conclut en l’espèce, le juge Karakatsanis a tranché que la portée du contre-interrogatoire qui a été autorisé — et qui a effectivement eu lieu — « a permis à la défense de vérifier la preuve avec suffisamment de rigueur » (par. 9). Tant en l’espèce que dans l’affaire *R. V.*, les juges des faits étaient bien informés de la théorie cruciale de la défense grâce aux questions que les avocats de la défense ont été autorisés à poser (par. 98).

[72] Deuxièmement, compte tenu des faits de la présente cause, tout tort susceptible de découler de cette unique erreur de la juge du procès aurait été minime. Si l’avocate au procès avait été en mesure d’interroger le gardien de sécurité relativement aux récits contradictoires qu’il a faits à l’enquête préliminaire, je suis d’avis que cela n’aurait pas favorisé la théorie principale de M. Samaniego; au contraire, cela lui aurait nui.

[73] At every step of the way, the security guard's account of who dropped and picked up the gun served to incriminate Mr. Serrano, not vindicate him. Beginning with the police interrogation, had the guard wanted to protect Mr. Serrano, surely he would not have told the police that it was Mr. Serrano who dropped the gun in front of him and picked it up. Putting the gun in Mr. Serrano's hand incriminated him. At the preliminary inquiry, the guard retreated from his initial testimony that he could not remember who dropped and picked up the gun; in its place, he adopted his police statement that it was Mr. Serrano who did so. Again, this did not help Mr. Serrano, it incriminated him. And finally at trial, the guard testified in accordance with his police statement — again incriminating Mr. Serrano. Viewed in this light, it is fanciful to think that Mr. Samaniego's primary theory would have been furthered had trial counsel been allowed to probe the discrepancy about who dropped the gun and who picked it up.

[74] Finally, it is speculative to suggest that trial counsel would have even asked the security guard about why he gave two versions of events at the preliminary inquiry. At no point during the lengthy *voir dire* did trial counsel indicate that she wanted to ask this question. She repeatedly told the judge that her proposed questioning concerned the security guard's failing memory between the preliminary inquiry and trial — questioning that the trial judge allowed. She focused on the fact that the guard adopted his police statement as past recollection recorded at the preliminary inquiry because he could not remember who dropped and picked up the gun, whereas at trial, he could remember. The trial judge allowed this questioning so long as trial counsel stayed away from the guard's version of the events before the past recollection recorded ruling. In doing so, the judge was entitled to rely on trial counsel's articulation of the purpose for the questions, without fear of being second-guessed on appeal.

[73] À chaque étape du processus, le récit du gardien de sécurité quant à l'identité de celui qui a laissé tomber et ramassé l'arme à feu a servi à incriminer M. Serrano, non à le disculper. D'abord, durant l'interrogatoire de la police, si le gardien avait voulu protéger M. Serrano, il n'aurait certainement pas affirmé que ce dernier était celui qui avait laissé tomber l'arme à feu devant lui et qui l'avait ensuite ramassée. Mettre l'arme à feu dans les mains de M. Serrano était incriminant pour celui-ci. Ensuite, lors de l'enquête préliminaire, le gardien est revenu sur son témoignage initial selon lequel il ne pouvait se souvenir de l'identité de celui qui avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu; il a plutôt adopté sa déclaration à la police que M. Serrano était celui qui l'avait fait. Encore une fois, cela n'a pas aidé M. Serrano, cela l'incriminait. Enfin, au procès, le gardien a rendu un témoignage semblable à sa déclaration à la police — incriminant M. Serrano une fois de plus. De ce point de vue, il est saugrenu de penser qu'il aurait été avantageux pour la théorie principale de M. Samaniego que l'avocate au procès soit autorisée à poser des questions quant aux divergences dans les récits du gardien relatives à l'identité de celui qui a laissé tomber l'arme à feu et de celui qui l'a ramassée.

[74] Enfin, suggérer que l'avocate au procès aurait même questionné le gardien de sécurité sur les raisons pour lesquelles il avait donné deux versions des événements lors de l'enquête préliminaire n'est que conjecture. Jamais durant le long *voir-dire* l'avocate au procès n'a-t-elle indiqué qu'elle souhaitait poser cette question. Elle a dit plusieurs fois à la juge que les questions qu'elle entendait poser concernaient la mémoire défaillante du gardien de sécurité entre l'enquête préliminaire et le procès — ce que la juge a autorisé. Elle s'est concentrée sur le fait que le gardien avait adopté sa déclaration à la police à titre d'enregistrement du souvenir lors de l'enquête préliminaire parce qu'il n'arrivait pas à se rappeler qui avait laissé tomber l'arme à feu puis l'avait ramassée, tandis que, au procès, il s'en souvenait. La juge du procès a autorisé cet interrogatoire dans la mesure où l'avocate au procès n'aborderait pas la version que le gardien a donnée des événements avant le prononcé de la décision sur l'enregistrement du souvenir. Ce faisant, la juge pouvait se fonder sur la description qu'avait donnée l'avocate au procès de l'objet des questions qu'elle entendait poser sans craindre que sa décision soit remise en cause en appel.

[75] While the judge should not have curtailed cross-examination on the security guard's version of events before the past recollection recorded ruling, there is no indication that trial counsel intended to ask such questions. It is speculative, at best, to suggest that she would likely have pursued this line of questioning when she made no attempt to do so at any point in her cross-examination.

[76] Mr. Samaniego was entitled to a fair trial, not a perfect trial (*R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45). My colleagues refrain from deciding whether the trial judge erred in the other three impugned rulings. Instead, they focus on one mistake, arising out of one ruling, on one area of cross-examination — and maintain that Mr. Samaniego did not receive a fair trial. While one error may be enough in some circumstances to render a trial unfair, I am not persuaded that the single error here was enough. Viewed properly in the context of the trial as a whole, the jury had what they needed to infer that the guard may not have been telling the truth about who dropped the gun and who picked it up.

[77] My colleagues and I agree that an accused's right to cross-examination is a fundamental part of full answer and defence, but that this right is not unlimited (*Côté and Rowe JJ.'s* reasons, at para. 183). We also agree that the curative proviso can only rarely apply in cases where cross-examination has been improperly curtailed (para. 170; *R.V.*, at para. 86). But we part company as to whether this is one of those rare cases where the error was harmless and the proviso can apply. In my view, for the reasons I have provided in paras. 69-75, it is.

[78] Overall, I am satisfied that the judge's technical error caused no substantial wrong or miscarriage of justice. It is difficult to see how the prejudice alleged by Mr. Samaniego materialized. Trial counsel was able to vigorously challenge the security

[75] Même si la juge n'aurait pas dû restreindre le contre-interrogatoire du gardien de sécurité quant à la version des événements qui a été donnée avant le prononcé de la décision sur l'enregistrement du souvenir, rien n'indique que l'avocate au procès entendait poser de telles questions. Suggérer qu'elle l'aurait vraisemblablement fait alors qu'elle n'a rien tenté de la sorte durant son contre-interrogatoire relève, au mieux, de la conjecture.

[76] Monsieur Samaniego avait droit à un procès équitable, pas à un procès parfait (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45). Mes collègues s'abstiennent de décider si la juge du procès a commis une erreur en rendant les trois autres décisions contestées. Ils se concentrent plutôt sur une erreur, découlant d'une décision, sur un sujet du contre-interrogatoire, et ils soutiennent que M. Samaniego n'a pas eu droit à un procès équitable. Certes, une seule erreur peut suffire dans certaines circonstances pour rendre un procès inéquitable. Je ne suis toutefois pas persuadé que la seule erreur commise en l'espèce suffit. En considérant adéquatement le procès dans son ensemble, le jury disposait de ce dont il avait besoin pour inférer que le gardien n'avait peut-être pas dit la vérité quant à l'identité de la personne qui a laissé tomber l'arme à feu et de celle qui l'a ramassée.

[77] Mes collègues et moi convenons que le droit d'un accusé au contre-interrogatoire est un élément fondamental d'une défense pleine et entière, mais que ce droit n'est pas illimité (motifs des juges *Côté et Rowe*, par. 183). Nous nous entendons également pour dire que la disposition réparatrice ne peut s'appliquer que rarement dans les cas où le contre-interrogatoire a été indûment restreint (par. 170; *R.V.*, par. 86). Nous divergeons toutefois d'opinion quant à la question de savoir si la présente espèce constitue l'un de ces rares cas où l'erreur était inoffensive et où la disposition réparatrice peut s'appliquer. Selon moi, pour les motifs que j'ai exposés aux par. 69-75, c'est bel et bien le cas.

[78] Dans l'ensemble, je suis convaincu que l'erreur technique commise par la juge n'a causé aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave. Il est difficile de concevoir comment le tort allégué par M. Samaniego s'est concrétisé. L'avocate au procès

guard’s credibility and repeatedly emphasize the primary defence theory that he was lying to protect Mr. Serrano. Furthermore, there was no indication that she wanted to ask the questions improperly barred by the trial judge. Even if she did want to pursue the line of questioning barred by the judge, this would likely have undermined — rather than supported — the primary theory advanced by Mr. Samaniego. In the context of this trial, the trial judge’s error was harmless and would not have affected the outcome. There was no miscarriage of justice.

V. Disposition

[79] I would dismiss Mr. Samaniego’s appeal and affirm his conviction.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[80] Trial judges have the authority to control the proceedings over which they preside. Through the exercise of their “trial management” powers, courts can promote efficient adjudication by controlling how parties present their case. But these trial management powers end where the law of evidence begins. Rulings on the admissibility of real or oral evidence, including rulings on permissible lines of cross-examination, are evidentiary decisions. The propriety of those rulings is governed by the rules of evidence, not the court’s trial management authority.

[81] As this case demonstrates, an overly broad and haphazard approach to trial management powers undermines trial predictability and consistency, and an accused’s right to make full answer and defence. Most litigation is a truth-seeking exercise. Cases typically turn on a dispute about the facts, not on

a été en mesure de contester vigoureusement la crédibilité du gardien de sécurité et a souligné à plusieurs reprises la teneur de la théorie principale de la défense, à savoir qu’il mentait pour protéger M. Serrano. En outre, rien n’indiquait qu’elle souhaitait poser les questions que la juge du procès a interdit à tort de poser. De plus, même si elle avait voulu poursuivre la ligne d’interrogatoire interdite par la juge, cela aurait vraisemblablement miné — plutôt que soutenu — la théorie principale plaidée par M. Samaniego. Dans le contexte du procès en cause ici, l’erreur commise par la juge du procès a été inoffensive et n’a pas eu d’incidence sur l’issue. Aucune erreur judiciaire n’a été commise.

V. Dispositif

[79] Je suis d’avis de rejeter l’appel de M. Samaniego et de confirmer sa déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[80] Les juges de procès sont maîtres de la conduite des procédures qu’ils président. Par l’exercice de leurs pouvoirs « de gestion de l’instance », les tribunaux peuvent favoriser un processus décisionnel efficace en contrôlant comment les parties présentent leur preuve. Cependant, ces pouvoirs de gestion de l’instance prennent fin là où commence le droit de la preuve. Les décisions sur l’admissibilité d’une preuve matérielle ou testimoniale, notamment les décisions sur les lignes de questions permises en contre-interrogatoire, sont des décisions en matière de preuve. Le bien-fondé de ces décisions est régi par les règles de preuve, et non par les pouvoirs judiciaires de gestion de l’instance.

[81] Comme l’illustre le présent pourvoi, une approche trop large et peu méthodique à l’égard des pouvoirs de gestion de l’instance mine la prévisibilité et l’uniformité des procès et le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. La plupart des litiges ont pour objet la recherche de la vérité. Les affaires portent

disagreements about what the law requires. The rules of evidence outline how parties can establish the facts needed to build their case. In a predictable manner, it lets parties know what information they can present to support their case, how they can tender this information, and what use they can make of this information once admitted. These rules cannot be ignored because a trial judge is presiding over a difficult or complex case. Excluding relevant and material evidence under the guise of a trial judge's trial management powers creates legal uncertainty and undermines an accused's right to make full answer and defence. That is what occurred here.

[82] The appellant, Victor Samaniego, and his co-accused, Jose Patricio Serrano, were charged with possession of a loaded restricted firearm. The only issue at trial was who had possession of the gun outside of a nightclub. Mr. Samaniego and Mr. Serrano each ran a “cut-throat” defence, accusing the other of bringing the gun to the nightclub.

[83] The only evidence linking Mr. Samaniego to possession of the gun was the testimony of the nightclub's security guard. His credibility was the most important issue at trial.

[84] At trial, the trial judge made four impugned rulings during Mr. Samaniego's cross-examination of the security guard. For the purposes of this appeal, it is sufficient to consider only one of these rulings: the trial judge's exclusion of a prior inconsistent statement by the security guard made at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun. At the preliminary inquiry, the security guard initially testified that he did not see who dropped and picked up the gun outside of the nightclub. At trial, he testified that Mr. Serrano dropped and picked up the gun. Mr. Samaniego sought to impugn the security guard's credibility with this inconsistency, but the trial judge prevented him from doing so. We do not discuss the other three impugned rulings, as it is unnecessary to do so.

généralement sur un différend quant aux faits, et non sur des désaccords quant à ce que prescrit le droit. Les règles de preuve indiquent comment les parties peuvent prouver les faits nécessaires pour bâtir leur cause. Cela permet aux parties de savoir quels éléments elles peuvent présenter à l'appui de leur position, comment elles peuvent présenter ces éléments et quelle utilisation elles peuvent en faire une fois qu'ils ont été admis. Ces règles ne peuvent être mises de côté sous prétexte que le juge du procès préside une affaire difficile ou complexe. Le fait d'exclure une preuve pertinente et substantielle, sous le couvert des pouvoirs de gestion de l'instance dont le juge du procès est investi, crée de l'incertitude sur le plan juridique et mine le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

[82] L'appellant, Victor Samaniego, et son coaccusé, Jose Patricio Serrano, ont été inculpés de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée. La seule question en litige au procès était celle de savoir qui était en possession de l'arme à l'extérieur d'une boîte de nuit. Monsieur Samaniego et M. Serrano ont chacun présenté une défense « traîtresse », accusant l'autre d'avoir apporté l'arme à la boîte de nuit.

[83] La seule preuve liant M. Samaniego à la possession de l'arme à feu était le témoignage du gardien de sécurité de la boîte de nuit. Sa crédibilité était la question la plus importante au procès.

[84] Au procès, la juge a rendu quatre décisions contestées pendant le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par M. Samaniego. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit d'examiner une seule de ces décisions : celle d'exclure une déclaration antérieure incompatible faite par le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu. À l'enquête préliminaire, le gardien de sécurité avait d'abord témoigné qu'il n'avait pas vu qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à l'extérieur de la boîte de nuit. Au procès, il a témoigné que M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme. Monsieur Samaniego a cherché à attaquer la crédibilité du gardien de sécurité en invoquant cette contradiction, mais la juge du procès l'a empêché de le faire. Nous n'examinons pas les trois autres décisions contestées, car il est inutile de le faire.

[85] Mr. Samaniego and Mr. Serrano were both convicted. On appeal, Mr. Samaniego challenged the four mid-trial rulings, including the ruling above. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. They labelled all of the trial judge's rulings as harmless "trial management" decisions. The dissenting judge disagreed. In his view, the impugned rulings were incorrect evidentiary decisions, not trial management decisions. Since these rulings deprived Mr. Samaniego of highly probative evidence, a new trial was necessary.

[86] We would allow the appeal. In our view, the trial management powers cannot be used to exclude relevant, material, and otherwise admissible evidence. The trial judge's ruling improperly prevented Mr. Samaniego from pursuing a highly relevant and material line of questioning. It was therefore an erroneous evidentiary ruling, not a trial management decision. Contrary to the trial judge's reasons, the fact that the security guard's police statement was admitted for the truth of its contents did not erase the security guard's initial inconsistent preliminary inquiry testimony. The trial judge erred by concluding otherwise.

[87] This error cannot be saved by the curative proviso. The error was significant. The Crown's case against Mr. Samaniego turned entirely on the security guard's credibility. Any inconsistency in the security guard's testimony was therefore highly relevant to Mr. Samaniego's defence. But an inconsistency going to the heart of the indictment — who had possession of the gun — was the most important type of testimonial inconsistency that defence counsel could hope to explore. This is especially so given the facts of this case, as the security guard's initial unwillingness to incriminate his friend, Mr. Serrano, at the preliminary inquiry until he was confronted with a contradictory police statement buttressed Mr. Samaniego's central defence theory: that the security guard was willing to testify falsely in order to protect Mr. Serrano.

[85] Monsieur Samaniego et M. Serrano ont tous deux été déclarés coupables. En appel, M. Samaniego a contesté les quatre décisions rendues à mi-procès, y compris la décision susmentionnée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel. Elles ont qualifié toutes les décisions rendues par la juge du procès de décisions [TRADUCTION] « de gestion de l'instance » inoffensives. Le juge dissident n'était pas de cet avis. Selon lui, les décisions contestées étaient des décisions erronées en matière de preuve, et non pas des décisions de gestion de l'instance. Comme ces décisions privaient M. Samaniego d'une preuve ayant une grande valeur probante, un nouveau procès était nécessaire.

[86] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Selon nous, les pouvoirs de gestion de l'instance ne sauraient être utilisés pour exclure une preuve pertinente, substantielle et par ailleurs admissible. La décision de la juge du procès a empêché à tort M. Samaniego de poursuivre une ligne de questions très pertinentes et substantielles. Il s'agissait donc d'une décision erronée en matière de preuve, et non d'une décision relative à la gestion de l'instance. Contrairement à ce qu'a affirmé la juge du procès dans ses motifs, le fait que la déclaration du gardien de sécurité à la police ait été admise comme preuve de la véracité de son contenu n'a pas eu pour effet d'effacer le témoignage initial incompatible qu'il avait livré à l'enquête préliminaire. La juge du procès a eu tort d'en conclure autrement.

[87] Cette erreur ne saurait être validée par la disposition réparatrice. L'erreur était importante. La preuve de la Couronne contre M. Samaniego reposait entièrement sur la crédibilité du gardien de sécurité. Toute contradiction dans le témoignage de ce dernier était donc fort pertinente pour la défense de M. Samaniego. Toutefois, une contradiction touchant au cœur de l'acte d'accusation — la question de savoir qui avait l'arme à feu en sa possession — constituait la plus importante contradiction que l'avocate de la défense pouvait espérer explorer. Cela est d'autant plus vrai compte tenu des faits de l'espèce, car la réticence initiale du gardien de sécurité à incriminer son ami, M. Serrano, lors de l'enquête préliminaire, et ce, jusqu'à ce qu'il soit confronté à une déclaration contradictoire à la police, était la thèse principale de la défense de M. Samaniego, c'est-à-dire que le gardien de sécurité était disposé à livrer un faux témoignage afin de protéger M. Serrano.

[88] The significant harm flowing from this error was not diminished by the fact that Mr. Samaniego could impugn the security guard's credibility in other ways. An effective cross-examination often involves a coordinated series of attacks that, cumulatively, undermine the witness's credibility. The right to make full answer and defence therefore entitles an accused to explore all inconsistencies and lines of credibility attack, within evidentiary limits. Mr. Samaniego was unfairly deprived of this right. The curative proviso is therefore inapplicable.

[89] It follows that we would set aside Mr. Samaniego's conviction and order a new trial.

II. Background

[90] Mr. Samaniego was charged with possession of a loaded restricted firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. He was jointly tried with Mr. Serrano, who was charged with the same offence. The trial took place with a jury and both men were convicted. The key issue at trial was whether one or both of the co-accused possessed the gun outside of a nightclub in Toronto.

[91] The events in question took place on August 17, 2015. Police were called and informed about a gun outside of a nightclub. When police arrived and approached Mr. Samaniego and Mr. Serrano, Mr. Serrano was in possession of the gun. Police observed Mr. Serrano throwing the gun away, but it was recovered shortly thereafter.

[92] The Crown's theory at trial was that Mr. Samaniego and Mr. Serrano went to the nightclub together, with Mr. Samaniego initially in possession of the gun. The Crown relied heavily on the testimony of the security guard at the nightclub. The security guard testified that he denied Mr. Samaniego entry due to a previous incident between the two and that, in response, Mr. Samaniego threatened him and lifted his shirt to reveal a gun in his waistband. The security guard

[88] Le préjudice considérable découlant de cette erreur n'a pas été diminué par le fait que M. Samaniego pouvait attaquer la crédibilité du gardien de sécurité d'autres façons. Un contre-interrogatoire efficace implique souvent une série coordonnée d'attaques qui, cumulativement, minent la crédibilité du témoin. Le droit à une défense pleine et entière permet donc à l'accusé d'explorer toutes les contradictions et tous les moyens de s'en prendre à la crédibilité, dans le respect des limites imposées par les règles de preuve. Monsieur Samaniego a été injustement privé de ce droit. La disposition réparatrice est donc inapplicable.

[89] Nous sommes donc d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Samaniego et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Contexte

[90] Monsieur Samaniego a été accusé de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée, infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Il a été jugé conjointement avec M. Serrano, qui était accusé de la même infraction. Le procès a eu lieu devant un jury et les deux hommes ont été déclarés coupables. La question centrale au procès était de savoir si les deux coaccusés, ou l'un d'entre eux, étaient en possession de l'arme à l'extérieur d'une boîte de nuit à Toronto.

[91] Les événements en question ont eu lieu le 17 août 2015. Les policiers ont été appelés et informés qu'une arme à feu se trouvait à l'extérieur d'une boîte de nuit. Lorsque les policiers sont arrivés et se sont approchés de M. Samaniego et de M. Serrano, M. Serrano était en possession de l'arme. Les policiers ont vu M. Serrano jeter l'arme, mais celle-ci a été récupérée peu de temps après.

[92] Selon la théorie de la Couronne au procès, M. Samaniego et M. Serrano se sont rendus à la boîte de nuit ensemble, et c'est d'abord M. Samaniego qui avait l'arme en sa possession. La Couronne s'est fortement appuyée sur le témoignage du gardien de sécurité de la boîte de nuit. Ce dernier a témoigné qu'il a refusé l'entrée à M. Samaniego en raison d'un incident antérieur entre eux, et qu'en réponse, M. Samaniego l'a menacé et a remonté sa chemise

testified that Mr. Serrano then took possession of the gun from Mr. Samaniego. Mr. Serrano subsequently dropped the gun and picked it up, at which point the police were called.

[93] Mr. Samaniego and Mr. Serrano each ran a “cut-throat” defence, accusing the other of having brought the gun to the nightclub. Mr. Serrano’s position was that he took the gun away from Mr. Samaniego after the altercation with the security guard. Mr. Samaniego’s position was that he never had possession of the gun and that he did not even know about it until Mr. Serrano dropped it. Mr. Samaniego testified at the trial, while Mr. Serrano did not testify.

[94] The security guard’s testimony was crucial to the Crown’s case against Mr. Samaniego as well as Mr. Serrano’s defence. While the Crown tendered three surveillance clips that captured some of the events in question, none depicted Mr. Samaniego in possession of the gun. The security guard’s testimony was the only evidence at trial directly linking Mr. Samaniego to the gun.

[95] Mr. Samaniego’s defence therefore centred on undermining the security guard’s credibility. A key line of attack was Mr. Serrano and the security guard’s close personal relationship. Whereas the security guard and Mr. Samaniego had a history of animosity, the security guard and Mr. Serrano had been good friends for 10 years. Mr. Samaniego thus sought to establish that the security guard was giving biased and inaccurate testimony in order to protect his friend. Mr. Samaniego’s counsel also relied on the security guard’s police statement and his preliminary inquiry testimony, highlighting purported inconsistencies with his testimony at trial in order to undermine his credibility.

[96] Throughout the trial, the trial judge made a number of rulings that circumscribed defence counsel’s ability to challenge the credibility of the security guard on cross-examination. For the purposes of this appeal, it is sufficient to consider only one of

pour montrer qu’il portait une arme à feu à la ceinture. Le gardien de sécurité a ajouté que M. Serrano a alors pris possession de l’arme de M. Samaniego. Monsieur Serrano a subséquemment laissé tomber et ramassé l’arme, et c’est alors que les policiers ont été appelés.

[93] Monsieur Samaniego et M. Serrano ont chacun présenté une défense « traîtresse », accusant l’autre d’avoir apporté l’arme à feu à la boîte de nuit. Monsieur Serrano a soutenu avoir enlevé l’arme à M. Samaniego après l’altercation avec le gardien de sécurité. Monsieur Samaniego a fait valoir n’avoir jamais eu l’arme en sa possession et avoir même ignoré son existence jusqu’à ce que M. Serrano la laisse tomber. Monsieur Samaniego a témoigné au procès, alors que M. Serrano ne l’a pas fait.

[94] Le témoignage du gardien de sécurité était crucial pour la preuve de la Couronne contre M. Samaniego ainsi que pour la défense de M. Serrano. Bien que la Couronne ait présenté trois extraits de surveillance ayant capté certains des événements en question, aucun ne présentait M. Samaniego en possession de l’arme à feu. Le témoignage du gardien de sécurité était la seule preuve au procès qui liait directement M. Samaniego à l’arme.

[95] La défense de M. Samaniego consistait donc principalement à miner la crédibilité du gardien de sécurité. Un des principaux moyens invoqués était la relation personnelle étroite qui unissait M. Serrano et le gardien de sécurité. Alors que la relation entre le gardien de sécurité et M. Samaniego était déjà tumultueuse, le gardien de sécurité et M. Serrano avaient été bons amis pendant 10 ans. Monsieur Samaniego a donc cherché à établir que le gardien de sécurité livrait un témoignage partial et inexact afin de protéger son ami. L’avocate de M. Samaniego s’est également appuyée sur la déclaration du gardien de sécurité à la police et sur son témoignage à l’enquête préliminaire, mettant en évidence de prétendues contradictions avec son témoignage au procès afin de miner sa crédibilité.

[96] Tout au long du procès, la juge a rendu un certain nombre de décisions qui ont limité la capacité de l’avocate de la défense d’attaquer la crédibilité du gardien de sécurité en contre-interrogatoire. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit d’examiner une

these rulings: the trial judge's exclusion of a prior inconsistent statement by the security guard made at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun.

Exclusion of the Preliminary Inquiry Testimony About Who Had the Gun

[97] At the preliminary inquiry, the security guard initially testified that he did not see who dropped the gun or who picked it up afterward. In his examination-in-chief, the Crown asked where the gun fell from. The security guard answered: "I did not see it exactly. Both of them were there. Like, so, I don't know" (R.R., vol. I, at p. 20).

[98] The security guard maintained this position the following day at the preliminary inquiry, even after being furnished with his police statement. When the Crown resumed questioning about who picked up the gun after it fell, the security guard reiterated that he "didn't see exactly who was the one holding the gun. Or rather, had the — the gun" (p. 24). The Crown asked whether he observed either of the two individuals do anything with the gun after it fell. He answered: "No. No, I didn't see anything. I don't know what they did with it. I — I don't know" (p. 24). The Crown asked specifically whether anything in his police statement refreshed his memory about the details of what happened after the gun fell. He answered: "No, it's the same thing. I — I did not see exactly where it came from or what happened. I mean, I do not know what happened with the gun once it was picked up. I don't know" (pp. 24-25). Again, the Crown asked who picked up the gun. He answered: "I don't know exactly because the one who was threaten[ing] me, this is the one I have a problem with. This is the one I was focussing on" (p. 25).

[99] This testimony was inconsistent with the security guard's police statement, which was taken shortly after the incident. That statement indicated

seule de ces décisions : celle d'exclure une déclaration antérieure incompatible faite par le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme.

Exclusion du témoignage livré à l'enquête préliminaire à propos de l'identité de la personne qui avait l'arme à feu

[97] À l'enquête préliminaire, le gardien de sécurité a d'abord témoigné qu'il n'avait pas vu qui avait laissé tomber l'arme à feu ou qui l'avait ramassée par la suite. Pendant son interrogatoire principal, la Couronne lui a demandé d'où l'arme était tombée. Le gardien de sécurité a répondu : [TRADUCTION] « Je ne l'ai pas vu exactement. Les deux étaient là. Ça fait que, je ne le sais pas » (d.i., vol. I, p. 20).

[98] Le gardien de sécurité a maintenu cette position le lendemain à l'enquête préliminaire, même après qu'on lui eut fourni sa déclaration à la police. Quand la Couronne a repris son interrogatoire sur l'identité de la personne qui avait ramassé l'arme à feu après qu'elle fut tombée, le gardien de sécurité a répété qu'il [TRADUCTION] « n'avait pas vu exactement qui tenait l'arme à feu. Ou plutôt, qui avait le — l'arme » (p. 24). La Couronne lui a demandé s'il avait vu l'un ou l'autre des deux individus faire quoi que ce soit avec l'arme après qu'elle est tombée. Il a répondu : [TRADUCTION] « Non. Non, je n'ai rien vu. Je ne sais pas ce qu'ils ont fait avec. Je — Je ne sais pas » (p. 24). La Couronne lui a demandé précisément si quoi que ce soit dans sa déclaration à la police lui avait rafraîchi la mémoire à propos de ce qui s'était passé après que l'arme fut tombée. Il a répondu : [TRADUCTION] « Non, c'est la même chose. Je — Je n'ai pas vu exactement d'où elle est venue ou ce qui s'est passé. Je veux dire que, je ne sais pas ce qui s'est passé avec l'arme à feu une fois qu'elle a été ramassée. Je ne sais pas » (p. 24-25). Encore une fois, la Couronne a demandé qui avait ramassé l'arme. Il a répondu : [TRADUCTION] « Je ne le sais pas exactement, parce que la personne qui me menaçait, c'est avec elle que j'ai un problème. C'est sur elle que je portais mon attention » (p. 25).

[99] Ce témoignage était incompatible avec la déclaration du gardien de sécurité à la police, recueillie peu de temps après l'incident. Selon cette déclaration,

that Mr. Serrano dropped and picked up the gun. The security guard's statement described two men who came to the nightclub: one who was wearing a baseball hat and the other who was not allowed to come in because the security guard had previously had an incident with him. The security guard's police statement stated that the "guy with [the] baseball hat dropped the gun on the floor. He looked at me, picked up the gun and walk[ed] south of Rivalda Rd." (p. 3). There is no dispute that Mr. Serrano was the man wearing a baseball hat.

[100] In light of the contradiction between the security guard's police statement and his preliminary inquiry testimony, the Crown successfully brought an application to have the security guard's police statement — in which he said Mr. Serrano dropped and picked up the gun — admitted at the preliminary inquiry pursuant to the "past recollection recorded" exception to the hearsay rule.

[101] At trial, the security guard testified consistently with his police statement and said that Mr. Serrano dropped and picked up the gun. When Mr. Samaniego's counsel sought to cross-examine the security guard on his initial inconsistent preliminary inquiry testimony, the Crown and Mr. Serrano's counsel objected. During the subsequent *voir dire*, the trial judge was alerted to the inconsistency between the security guard's preliminary inquiry evidence and his trial evidence. The trial judge agreed that there was an inconsistency. The jury and witness were recalled and Mr. Samaniego's counsel resumed her questioning of the security guard. She asked the security guard about his initial preliminary inquiry evidence. After reading out portions of his preliminary inquiry testimony, Mr. Samaniego's counsel asked the security guard: "So, sir, my question to you, why did you not tell what you're telling us today or yesterday?" (R.R., vol. III, at p. 55).

M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme. La déclaration du gardien de sécurité décrivait deux hommes qui étaient venus à la boîte de nuit : l'un portait une casquette de baseball et l'autre s'était vu refuser l'entrée parce que le gardien de sécurité avait eu un incident avec lui dans le passé. Dans sa déclaration à la police, le gardien de sécurité a affirmé que [TRADUCTION] « le type avec la casquette de baseball a laissé tomber l'arme à feu au sol. Il m'a regardé, il a ramassé l'arme et il a marché vers le sud de Rivalda Rd. » (p. 3). Nul ne conteste que M. Serrano est l'homme qui portait une casquette de baseball.

[100] Compte tenu de la contradiction entre la déclaration du gardien de sécurité à la police et son témoignage à l'enquête préliminaire, la Couronne a eu gain de cause dans sa demande pour que la déclaration du gardien de sécurité à la police — dans laquelle celui-ci a affirmé que M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme — soit admise à l'enquête préliminaire sur le fondement de l'exception à la règle du oui-dire que constitue l'« enregistrement du souvenir ».

[101] Au procès, le gardien de sécurité a livré un témoignage compatible avec sa déclaration à la police, et a affirmé que M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu. Quand l'avocate de M. Samaniego a cherché à contre-interroger le gardien de sécurité sur le témoignage initial incompatible qu'il avait donné à l'enquête préliminaire, la Couronne et l'avocate de M. Serrano ont formulé une objection. Au cours du voir-dire qui a suivi, la juge du procès a été avisée de la contradiction entre le témoignage que le gardien de sécurité avait livré à l'enquête préliminaire et celui qu'il avait donné au procès. La juge a reconnu qu'il y avait une contradiction. Le jury et le témoin ont été rappelés et l'avocate de M. Samaniego a repris son interrogatoire du gardien de sécurité. Elle a interrogé le gardien de sécurité sur son témoignage initial à l'enquête préliminaire. Après avoir lu à haute voix des extraits de cette déposition, l'avocate de M. Samaniego lui a posé la question suivante : [TRADUCTION] « Alors, Monsieur, je vous le demande, pourquoi n'avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd'hui ou ce que vous nous avez dit hier? » (d.i., vol. III, p. 55).

[102] The Crown again objected, asserting that the question was unfair because the witness had subsequently adopted his police statement at the preliminary inquiry. The jury and witness were excused again for another *voir dire*. The trial judge inquired further about the preliminary inquiry judge's ruling, learning that the preliminary inquiry judge determined that the security guard had a genuine memory loss and admitted the police statement on this point for the truth of its contents. The trial judge then reasoned that this line of cross-examination was unfair, as there was no inconsistency with his preliminary inquiry testimony and his trial testimony (because the security guard eventually adopted his police statement during his preliminary inquiry testimony). She ruled that defence counsel could not put the prior inconsistent statement to the witness.

[103] Defence counsel protested the ruling. She maintained that she was entitled to challenge the security guard on his purported lack of memory. She also explained, in response to further questions from the trial judge, that the line of questioning was relevant because it suggested that the security guard initially refused to give incriminating testimony against Mr. Serrano. Specifically, defence counsel explained that the security guard's initial testimony at the preliminary inquiry showed that he "refused to identify the — who the person who dropped the gun but now he's able to recall directly" (R.R., vol. III, at pp. 74-75). Nevertheless, the trial judge refused to allow defence counsel to pursue this line of questioning on the grounds that it would undercut the preliminary inquiry judge's ruling. She reiterated that this issue had already been addressed by the preliminary inquiry judge and held that while Mr. Samaniego's counsel could ask about the security guard's memory loss generally, counsel could not "go to the specifics of what [the security guard] said before that application was made" (p. 75).

[102] La Couronne a encore une fois formulé une objection, faisant valoir que la question était injuste parce que le témoin avait subséquemment adopté, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police. Le jury et le témoin ont été invités de nouveau à se retirer pour la tenue d'un autre voir-dire. La juge du procès a fait un examen plus poussé de la décision du juge de l'enquête préliminaire, apprenant que celui-ci avait d'une part conclu que le gardien de sécurité avait eu un véritable trou de mémoire et avait d'autre part admis la déclaration à la police sur ce point comme preuve de la véracité de son contenu. La juge a ensuite estimé que cette avenue de contre-interrogatoire était injuste, car il n'y avait aucune contradiction entre le témoignage du gardien à l'enquête préliminaire et son témoignage au procès (parce que le gardien de sécurité avait fini par adopter, pendant son témoignage à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police). Elle a statué que l'avocate de la défense ne pouvait pas opposer au témoin la déclaration antérieure incompatible.

[103] L'avocate de la défense a contesté cette décision. Elle a fait valoir qu'elle avait le droit de demander des explications au gardien de sécurité sur sa prétendue absence de mémoire. Elle a en outre expliqué, en réponse à d'autres interrogations de la juge du procès, que les questions étaient pertinentes puisqu'elles suggéraient que le gardien de sécurité avait d'abord refusé de livrer un témoignage incriminant contre M. Serrano. Plus particulièrement, l'avocate de la défense a expliqué que le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire indiquait qu'il avait [TRADUCTION] « refusé d'identifier le — la personne qui avait laissé tomber l'arme à feu, mais que maintenant, il pouvait s'en rappeler immédiatement » (d.i., vol. III, p. 74-75). Néanmoins, la juge du procès a refusé de permettre à l'avocate de la défense de poser ces questions, au motif qu'elles mineraient la décision du juge de l'enquête préliminaire. Elle a répété que le juge de l'enquête préliminaire s'était déjà penché sur ce point et a statué que même si l'avocate de M. Samaniego pouvait s'enquérir de l'absence de mémoire du gardien de sécurité de façon générale, elle ne pouvait pas [TRADUCTION] « entrer dans les détails de ce que [le gardien de sécurité] avait dit avant la présentation de cette requête » (p. 75).

[104] The jury was then recalled and given a mid-trial jury instruction to disregard any inconsistency between the security guard’s preliminary inquiry and trial testimony. The trial judge explained that the security guard needed to have his memory refreshed at the preliminary inquiry and that he adopted his police statement. She charged the jury that, because the police statement was adopted as the security guard’s evidence at the preliminary inquiry, “any reference made by [Mr. Samaniego’s counsel] today to the preliminary inquiry evidence about [the security guard’s] uncertainty about who he saw holding the gun, must be completely disregarded by you and must have no part in your consideration or deliberation about this case”: pp. 83-84 (emphasis added). This was repeated in the charge to the jury at the end of trial.

[105] The jury convicted both Mr. Samaniego and Mr. Serrano.

[106] Mr. Samaniego appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario. The trial judge’s ruling preventing him from cross-examining the security guard on this inconsistency formed one of his main grounds of appeal. For the purposes of this appeal, we will refer to this issue as the “Inconsistent Possession Testimony”.

III. Decision Below (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449)

A. *Benotto J.A. (Thorburn J.A. Concurring)*

[107] A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. In their view, all the impugned mid-trial rulings were discretionary trial management decisions and entitled to deference. Since none of these decisions “deprive[d] the appellant of material evidence necessary for his defence”, there was no need for a new trial: para. 1.

[104] Le jury a alors été rappelé et s’est vu donner une directive de mi-procès, soit de faire abstraction de toute contradiction entre le témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire et son témoignage au procès. La juge du procès a expliqué que le gardien de sécurité avait dû se faire rafraîchir la mémoire à l’enquête préliminaire et qu’il avait adopté sa déclaration à la police. La juge a donné au jury la directive selon laquelle, comme la déclaration à la police a été adoptée pour valoir comme témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire, [TRADUCTION] « vous devez faire complètement abstraction et ne tenir aucunement compte dans votre examen ou vos délibérations en l’espèce de toute mention faite aujourd’hui, par [l’avocate de M. Samaniego], du témoignage à l’enquête préliminaire en ce qui a trait à l’incertitude [du gardien de sécurité] quant à l’identité de la personne qu’il a vue tenir l’arme à feu » : p. 83-84 (nous soulignons). Cette directive a été répétée dans l’exposé au jury au terme du procès.

[105] Le jury a déclaré M. Samaniego et M. Serrano tous deux coupables.

[106] Monsieur Samaniego a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité à la Cour d’appel de l’Ontario. La décision de la juge du procès de l’empêcher de contre-interroger le gardien de sécurité sur cette contradiction constituait un de ses principaux moyens d’appel. Pour les besoins du présent pourvoi, nous désignerons cette question comme étant celle du « témoignage contradictoire quant à la possession ».

III. Décision de l’instance inférieure (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449)

A. *La juge Benotto (avec l’accord de la juge Thorburn)*

[107] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel. Selon elles, toutes les décisions de mi-procès contestées étaient des décisions discrétionnaires de gestion de l’instance et commandaient la déférence. Comme aucune de ces décisions n’avait [TRADUCTION] « privé l’appelant d’une preuve substantielle nécessaire à sa défense », il n’y avait pas lieu de tenir un nouveau procès : par. 1.

[108] The majority found no issue with the trial judge's Inconsistent Possession Testimony ruling for three reasons. First, defence counsel framed her questions as going to memory, rather than an attack on the security guard's credibility. Second, the police statement formed part of the security guard's testimony at the preliminary inquiry. Therefore, the security guard "gave the same testimony at trial as he did at the preliminary inquiry": para. 41. Third, this ruling did not result in any trial unfairness. Mr. Samaniego could explore other inconsistencies in the security guard's testimony. He could also explore the suggestion that the security guard's testimony was tailored to assist Mr. Serrano at other points in the trial.

B. *Paciocco J.A. (Dissenting)*

[109] Paciocco J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction, and ordered a new trial. He disagreed with the majority's characterization of the impugned rulings as trial management decisions. In his view, the impugned rulings were all evidentiary rulings governed by the law of evidence. As the impugned rulings were legally incorrect and deprived Mr. Samaniego of probative evidence that could undermine the security guard's credibility, a new trial was necessary.

[110] On the Inconsistent Possession Testimony ruling, Paciocco J.A. concluded that the trial judge erred by preventing defence counsel from exploring this inconsistency. The inconsistency in the security guard's testimony was plain. The security guard testified at the preliminary inquiry that he did not see who had the gun. At trial, he said that Mr. Serrano was the one who dropped and picked it up. This inconsistency was not erased by the subsequent adoption of the police statement at the preliminary inquiry. The trial judge was not bound by the preliminary inquiry

[108] Les juges majoritaires n'ont rien eu à reprocher à la décision rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession, et ce, pour trois raisons. Premièrement, l'avocate de la défense avait formulé ses questions comme se rapportant à la mémoire, plutôt que comme une attaque contre la crédibilité du gardien de sécurité. Deuxièmement, la déclaration à la police faisait partie du témoignage du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire. En conséquence, le gardien de sécurité [TRADUCTION] « a livré le même témoignage au procès que celui qu'il a donné à l'enquête préliminaire » : par. 41. Troisièmement, cette décision n'a pas rendu le procès inéquitable. Il était loisible à M. Samaniego d'explorer d'autres contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité. Il pouvait en outre explorer la suggestion selon laquelle le témoignage du gardien de sécurité avait été conçu pour aider M. Serrano à d'autres étapes du procès.

B. *Le juge Paciocco (dissident)*

[109] Le juge Paciocco était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il n'a pas souscrit à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle les décisions contestées constituaient des décisions de gestion de l'instance. Selon lui, les décisions contestées étaient toutes des décisions en matière de preuve, lesquelles sont régies par le droit de la preuve. Puisque les décisions contestées étaient erronées en droit et qu'elles avaient privé M. Samaniego d'une preuve probante susceptible de miner la crédibilité du gardien de sécurité, la tenue d'un nouveau procès était nécessaire.

[110] Pour ce qui est de la décision sur le témoignage contradictoire quant à la possession, le juge Paciocco a conclu que la juge du procès avait eu tort d'empêcher l'avocate de la défense d'explorer cette contradiction. La contradiction dans le témoignage du gardien de sécurité était manifeste. À l'enquête préliminaire, ce dernier a témoigné qu'il n'avait pas vu qui avait l'arme à feu. Au procès, il a dit que M. Serrano était la personne qui l'avait laissée tomber et ramassée. Cette contradiction n'a pas été effacée par l'adoption subséquente, à l'enquête préliminaire,

judge's evidentiary ruling and she erred by resting her decision on this basis.

[111] Paciocco J.A. also disagreed with the majority's conclusion that defence counsel framed her questions as going solely to memory. Although it could have been better expressed, defence counsel was clearly trying to establish that the security guard's initial preliminary inquiry testimony was a deliberate choice to protect Mr. Serrano, not a situation of genuine memory loss. This was evident from defence counsel's explanation of the relevance of the questioning, where she said it showed that the security guard initially "refused to identify" who dropped the gun. This was also clear from defence counsel's overall trial strategy: establish that the security guard was testifying falsely to assist his friend, Mr. Serrano.

IV. Parties' Submissions

A. *Appellant, Mr. Samaniego*

[112] Mr. Samaniego submits that the trial judge made incorrect evidentiary rulings that deprived him of the ability to mount a full defence. The majority of the Court of Appeal improperly saved these rulings by concluding that they were trial management decisions and entitled to appellate deference. These were evidentiary rulings. Their propriety needed to be assessed against the law of evidence.

[113] The trial judge made two errors in her ruling on the Inconsistent Possession Testimony. First, she incorrectly concluded that the security guard's initial inconsistent statement was erased by his subsequent adoption of the police statement. Second, she incorrectly concluded that she was bound by the preliminary inquiry judge's evidentiary ruling.

de la déclaration à la police. La juge du procès n'était pas liée par la décision en matière de preuve rendue par le juge de l'enquête préliminaire et elle a eu tort d'appuyer sa décision sur ce fondement.

[111] Le juge Paciocco n'a pas souscrit non plus à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'avocate de la défense avait formulé ses questions comme se rapportant uniquement à la mémoire. Bien qu'elle eût pu mieux l'exprimer, l'avocate de la défense tentait manifestement d'établir que le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire était un choix délibéré pour protéger M. Serrano, et non pas une situation de véritable perte de mémoire. C'est ce qui ressort de l'explication fournie par l'avocate de la défense quant à la pertinence des questions, où elle a mentionné que cela démontrait que le gardien de sécurité avait d'abord [TRADUCTION] « refusé d'identifier » qui avait laissé tomber l'arme. C'est également ce qui ressort de l'ensemble de la stratégie de l'avocate de la défense au procès, à savoir établir que le gardien de sécurité livrait un faux témoignage pour aider son ami, M. Serrano.

IV. Prétentions des parties

A. *L'appelant, M. Samaniego*

[112] Monsieur Samaniego prétend que la juge du procès a rendu des décisions erronées en matière de preuve qui l'ont empêché de présenter une défense pleine et entière. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont validé à tort ces décisions en concluant qu'il s'agissait de décisions de gestion de l'instance et qu'elles commandaient la déférence en appel. Il s'agissait plutôt de décisions en matière de preuve. Leur bien-fondé devait être apprécié au regard du droit de la preuve.

[113] La juge du procès a commis deux erreurs dans sa décision sur le témoignage contradictoire quant à la possession. Premièrement, elle a conclu à tort que la déclaration incompatible initiale du gardien de sécurité avait été effacée par son adoption subséquente de la déclaration à la police. Deuxièmement, elle a statué à tort qu'elle était liée par la décision en matière de preuve rendue par le juge de l'enquête préliminaire.

[114] The Court of Appeal erred by saving this ruling on the grounds that no unfairness resulted from this decision. While the trial judge allowed defence counsel to ask the security guard about his lack of memory in general terms, that was not enough for an effective cross-examination. An effective cross-examination needs to refer to specific inconsistencies, not general questions.

B. *Intervener, the Criminal Lawyers' Association (Ontario)*

[115] The Criminal Lawyers' Association (Ontario) ("CLAO") intervenes and asks this Court to provide guidance on the scope of a trial judge's trial management powers. The CLAO is concerned with what it sees as a growing trend, exemplified by the Court of Appeal's majority reasons, to expand trial management powers and blend them with a trial judge's power to make evidentiary rulings. It asks that this Court hold that trial management powers end where the rules of evidence begin.

C. *Respondent, the Crown*

[116] The Crown submits that the trial judge's impugned rulings were all properly grounded in the "undisputed authority of the trial judge to manage the trial" and curtail improper cross-examination: R.F., at para. 25. There were no errors in her reasons. The rulings were based on the record as it was unfolding and on the submissions made by defence counsel, which both the majority and the dissenting judge found confusing and unfocused. The rulings need to be assessed with this context in mind.

[117] There was no error in the trial judge's Inconsistent Possession Testimony ruling. Defence counsel did not clearly articulate that she was trying to highlight inconsistencies in the security guard's testimony with the line of questioning. The trial judge simply

[114] La Cour d'appel a commis une erreur en validant cette décision au motif qu'elle n'avait entraîné aucune iniquité. Bien que la juge du procès ait autorisé l'avocate de la défense à interroger le gardien de sécurité sur son absence de mémoire de manière générale, cela n'était pas suffisant pour lui permettre de mener un contre-interrogatoire efficace. Un contre-interrogatoire efficace doit exposer des contradictions précises, il ne suffit pas de poser des questions générales.

B. *L'intervenante, la Criminal Lawyers' Association (Ontario)*

[115] La Criminal Lawyers' Association (Ontario) (« CLAO ») intervient et demande à notre Cour de préciser l'étendue des pouvoirs de gestion de l'instance dont le juge du procès est investi. La CLAO est préoccupée par ce qu'elle perçoit être une tendance grandissante, illustrée par les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel, d'étendre les pouvoirs de gestion de l'instance et de les amalgamer au pouvoir du juge du procès de rendre des décisions en matière de preuve. Elle demande à notre Cour de statuer que les pouvoirs de gestion de l'instance prennent fin là où commencent les règles de preuve.

C. *L'intimée, la Couronne*

[116] La Couronne prétend que les décisions contestées rendues par la juge du procès étaient toutes adéquatement fondées sur [TRADUCTION] « la compétence incontestée de la juge du procès de gérer l'instance » et de restreindre un contre-interrogatoire inapproprié : m.i., par. 25. Ses motifs n'étaient entachés d'aucune erreur. Les décisions étaient fondées sur le dossier à mesure qu'il évoluait et sur les observations présentées par l'avocate de la défense, lesquelles étaient déroutantes et vagues, tant de l'avis des juges majoritaires que de celui du juge dissident. Les décisions doivent être appréciées en gardant ce contexte en tête.

[117] La décision rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession ne comportait aucune erreur. L'avocate de la défense n'a pas dit clairement que la ligne de questions visait à mettre en évidence des contradictions

intervened to clarify the record after defence counsel inaccurately summarized the evidence at the preliminary inquiry. The trial judge was entitled to intervene on this basis.

[118] The Crown also rejects the CLAO’s position that trial management powers and evidentiary rulings are separate and distinct concepts. These powers often overlap. For example, trial judges can limit vexatious, abusive, repetitive, misleading, or overly lengthy cross-examination through their trial management powers. These rulings, however, inevitably curtail cross-examination on evidence that would otherwise be admissible. It is therefore impractical to create silos between these two powers. The Crown asks this Court to affirm the current state of the law, which it reads as recognizing some inevitable overlap between trial management powers and evidentiary rulings.

[119] Finally, the Crown submits that this Court does not have jurisdiction to hear this appeal. To engage this Court’s jurisdiction under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, there must be a disagreement on a “question of law” between the majority and a dissenting judge at a court of appeal that impacted the disposition of the appeal. The dispute between the majority and the dissenting judge at the Court of Appeal in this case does not raise a question of law. Their disagreement revolves around their respective assessment of the factual record underpinning the trial judge’s rulings.

V. Issues on Appeal

[120] The following issues must be considered in this appeal:

- A. Does this appeal raise a question of law such that this Court has jurisdiction to hear the matter?
- B. Did the majority of the Court of Appeal err in finding that the trial judge’s Inconsistent

dans le témoignage du gardien de sécurité. La juge du procès est simplement intervenue pour faire une mise au point après que l’avocate de la défense eut résumé de manière inexacte le témoignage livré à l’enquête préliminaire. La juge du procès avait le droit d’intervenir sur ce fondement.

[118] La Couronne rejette également la prétention de la CLAO selon laquelle les pouvoirs de gestion de l’instance et les décisions en matière de preuve sont des notions séparées et distinctes. Ces pouvoirs se chevauchent souvent. Par exemple, les juges de procès peuvent limiter un contre-interrogatoire vexatoire, abusif, répétitif, trompeur ou trop long au moyen de leurs pouvoirs de gestion de l’instance. Cependant, ces décisions restreignent inévitablement le contre-interrogatoire quant à une preuve qui serait admissible par ailleurs. Il est donc impossible de cloisonner ces deux pouvoirs. La Couronne demande à notre Cour de confirmer l’état actuel du droit qui, selon son interprétation, reconnaît un certain chevauchement inévitable entre les pouvoirs de gestion de l’instance et les décisions en matière de preuve.

[119] Enfin, la Couronne prétend que notre Cour n’a pas juridiction pour entendre le présent pourvoi. Pour faire intervenir la juridiction de la Cour en application de l’al. 691(1)a) du *Code criminel*, il doit y avoir désaccord sur une « question de droit » entre les juges majoritaires et le juge dissident d’une cour d’appel, lequel a eu une incidence sur l’issue de l’appel. Le désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident à la Cour d’appel en l’espèce ne soulève pas de question de droit. Il porte sur leur appréciation respective de la preuve qui sous-tend les décisions de la juge du procès.

V. Questions en litige

[120] Les questions suivantes doivent être examinées dans le présent pourvoi :

- A. Le présent pourvoi soulève-t-il une question de droit de sorte que la Cour a juridiction pour entendre l’affaire?
- B. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont-elles commis une erreur en concluant que la décision

Possession Testimony ruling was a proper exercise of her trial management powers and subject to deference?

- C. Did the majority of the Court of Appeal err in finding that the impugned ruling did not impact trial fairness, such that a new trial is warranted?

VI. Analysis

- A. *Issue 1: This Court Has Jurisdiction to Hear the Appeal*

[121] This Court has jurisdiction to hear this appeal. The Crown argues that the propriety of judicial interventions in a cross-examination does not raise a question of law alone, and therefore this Court does not have jurisdiction: *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at pp. 238-39; *R. v. Khanna*, 2016 ONCA 39, at para. 9 (CanLII).

[122] We would reject this submission. In *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, this Court adopted a generous approach to jurisdiction, holding that the application of a legal standard to the facts of the case raises a question of law: para. 23; see also *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20. It is of no moment that the issue may be characterized as not being a “question of law alone”.

[123] The case currently before this Court clearly raises issues about the application of legal standards: the overarching dispute in this appeal is whether the trial judge properly applied the standard for the admissibility of evidence and the standard for intervening in the cross-examination of a Crown witness. This Court has jurisdiction.

rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession constituait un exercice approprié de ses pouvoirs de gestion de l’instance et commandait la déférence?

- C. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont-elles, en concluant que la décision contestée n’avait pas d’incidence sur l’équité du procès, commis une erreur justifiant la tenue d’un nouveau procès?

VI. Analyse

- A. *Question 1 : La Cour a juridiction pour entendre le pourvoi*

[121] La Cour a juridiction pour entendre le présent pourvoi. La Couronne fait valoir que l’opportunité des interventions judiciaires dans un contre-interrogatoire ne soulève pas une question de droit seulement, et que la Cour n’a donc pas juridiction : *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, p. 238-239; *R. c. Khanna*, 2016 ONCA 39, par. 9 (CanLII).

[122] Nous sommes d’avis de rejeter cet argument. Dans l’arrêt *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, la Cour a adopté une approche généreuse à l’égard de la juridiction, affirmant que l’application d’une norme juridique aux faits de l’affaire soulève une question de droit : par. 23; voir aussi *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20. Le fait que la question puisse être considérée comme n’étant pas une « question de droit seulement » n’a aucune importance.

[123] L’affaire dont la Cour est saisie en l’espèce soulève clairement des questions concernant l’application de normes juridiques : le présent pourvoi porte essentiellement sur la question de savoir si la juge du procès a appliqué de façon appropriée la norme relative à l’admissibilité de la preuve ainsi que la norme qui permet d’intervenir dans le contre-interrogatoire d’un témoin de la Couronne. La Cour a juridiction.

B. *Issue 2: The Trial Judge's Inconsistent Possession Testimony Ruling Was Not a Trial Management Decision*

(1) Trial Management Powers and the Law of Evidence Must Be Kept Separate and Distinct

[124] As this case illustrates, there is uncertainty about whether a trial judge can exclude relevant and material evidence through their trial management powers. The majority of the Court of Appeal held that each of the impugned trial rulings were “trial management decisions within the discretion of the trial judge” and entitled to appellate deference: para. 1. The dissenting judge disagreed, labelling the rulings as evidentiary decisions. Accordingly, this appeal calls for discussion on the scope of a trial judge’s trial management powers, and its relationship to the law of evidence.

[125] Trial judges have the authority to control the proceeding over which they preside. They should control, direct, and administer the trial in an effective and efficient way: *R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, at para. 47; *R. v. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1, at para. 748. Among other powers, trial management authority allows trial judges to place reasonable limits on oral submissions, direct written submissions, defer rulings, decline to hear frivolous motions after hearing from the parties, and, exceptionally, direct the order in which evidence is called: *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 57; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at paras. 38-39; *R. v. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40, at para. 110. Appellate courts should defer to proper trial management decisions: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 139.

[126] Trial management authority should not, however, be used to exclude relevant, material,

B. *Question 2 : La décision rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession n'était pas une décision relative à la gestion de l'instance*

(1) Les pouvoirs de gestion de l'instance et le droit de la preuve doivent demeurer séparés et distincts

[124] Comme l'illustre la présente affaire, une incertitude plane sur la question de savoir si le juge du procès peut exclure une preuve pertinente et substantielle au moyen de ses pouvoirs de gestion de l'instance. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que les décisions de première instance contestées étaient toutes [TRADUCTION] « des décisions de gestion de l'instance qui relevaient du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès » et qui commandaient la déférence en appel : par. 1. Le juge dissident n'était pas de cet avis et a qualifié les décisions en question de décisions en matière de preuve. En conséquence, le présent pourvoi commande une analyse de l'étendue des pouvoirs de gestion de l'instance du juge du procès et de leur lien avec le droit de la preuve.

[125] Les juges de procès sont maîtres de la conduite des procédures qu'ils président. Ils devraient contrôler, diriger et gérer l'instruction de manière efficace et efficiente : *R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, par. 47; *R. c. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1, par. 748. Les pouvoirs de gestion de l'instance permettent notamment aux juges de procès d'imposer des limites raisonnables aux observations orales, d'ordonner des observations écrites, de différer leurs décisions, de refuser d'instruire des requêtes frivoles après avoir entendu les parties et, exceptionnellement, de décider de l'ordre dans lequel les éléments de preuve sont présentés : *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 57; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 38-39; *R. c. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40, par. 110. Les tribunaux d'appel devraient faire preuve de déférence à l'égard des décisions appropriées de gestion de l'instance : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 139.

[126] Les pouvoirs de gestion de l'instance ne devraient toutefois pas être utilisés pour exclure

and otherwise admissible evidence. Some provincial appellate courts have already recognized that excluding evidence under the guise of trial management powers would be an “unusual exercise” of those powers: *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, at para. 33; *R. v. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177, at para. 104; see also *R. v. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375, at para. 74. We would go a step further. In our view, trial management powers can never be used to exclude relevant and material evidence. Rulings on the admissibility of real or oral evidence, including rulings on permissible lines of cross-examination, are evidentiary decisions. The propriety of those rulings is governed by the rules of evidence, not the court’s trial management authority.

[127] This conclusion is supported by the leading authority on trial management powers, *Felderhof*. *Felderhof* involved a complex prosecution for violations under the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. After 70 days of trial, counsel for the Ontario Securities Commission (“OSC”) applied to halt the prosecution and have the trial begin anew before another trial judge. Among other issues, the OSC argued that the trial judge erred by directing that the OSC, contrary to its wishes, call its next witness rather than proceed with an omnibus motion on the admissibility of various documents. The trial judge reasoned that hearing from the witness before ruling on the documents would be a more efficient use of court time. On appeal from the order dismissing its application, the OSC argued that the trial judge had no authority to override its right to present its case as it sought fit, absent an abuse of process or breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[128] Writing for a unanimous court, Rosenberg J.A. found no error in the trial judge’s order. He held that the power to issue this direction was grounded in the trial court’s inherent jurisdiction to control its own process. It was in this context that Rosenberg J.A.

une preuve pertinente, substantielle et par ailleurs admissible. Certaines cours d’appel provinciales ont déjà reconnu que le fait d’exclure une preuve sous le couvert de tels pouvoirs constituerait un [TRADUCTION] « exercice inhabituel » de ceux-ci : *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, par. 33; *R. c. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177, par. 104; voir aussi *R. c. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375, par. 74. Nous irions même un peu plus loin. À notre avis, les pouvoirs de gestion de l’instance ne peuvent jamais être utilisés pour exclure une preuve pertinente et substantielle. Les décisions sur l’admissibilité d’une preuve matérielle ou testimoniale, notamment les décisions sur les lignes de questions permises en contre-interrogatoire, sont des décisions en matière de preuve. Leur bien-fondé est régi par les règles de preuve, et non par les pouvoirs judiciaires de gestion de l’instance.

[127] Cette conclusion s’appuie sur la décision de principe quant aux pouvoirs de gestion de l’instance, à savoir l’arrêt *Felderhof*. Dans cette affaire, il était question d’une poursuite complexe impliquant des infractions à la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5. Après 70 jours d’instruction, les avocats de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») ont demandé un arrêt des procédures et la tenue d’un nouveau procès devant un autre juge. La CVMO a fait valoir entre autres que le juge du procès avait commis une erreur en ordonnant que la CVMO, contrairement à ce qu’elle souhaitait, fasse entendre son prochain témoin plutôt que de présenter une requête sur l’admissibilité de divers documents. Le juge a estimé qu’entendre le témoin avant de se prononcer sur les documents constituerait une utilisation plus efficace du temps dont disposait le tribunal. En appel de la décision rejetant sa demande, la CVMO a soutenu que le juge du procès n’avait pas le pouvoir de passer outre à son droit de présenter sa preuve à son gré, en l’absence d’un abus de procédure ou d’une violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[128] S’exprimant au nom d’une cour unanime, le juge Rosenberg n’a constaté aucune erreur dans l’ordonnance du juge du procès. Il a conclu que le pouvoir de donner cette directive reposait sur la compétence inhérente qu’a le tribunal de première

defined the scope of a trial judge's "trial management" powers as follows:

I think something should be said about the trial management power. It is neither necessary nor possible to exhaustively define its content or its limits. But it at least includes the power to place reasonable limits on oral submissions, to direct that submissions be made in writing, to require an offer of proof before embarking on a lengthy *voir dire*, to defer rulings, to direct the manner in which a *voir dire* is conducted, especially whether to do so on the basis of testimony or in some other form, and exceptionally to direct the order in which evidence is called. The latter power is one that must be exercised sparingly because the trial judge does not know counsel's brief. However, a judge would not commit jurisdictional error in exercising that power unless the effect of the ruling was to unfairly or irreparably damage the prosecution. That did not occur here. [para. 57]

[129] Rosenberg J.A. also found no error in the trial judge's order directing the OSC to prepare and disclose a list of documents it intended to present to a witness. Again, this order was authorized by the trial judge's trial management authority and the need to operate the trial efficiently.

[130] We endorse the approach taken in *Felderhof*. That decision correctly reflects the fact that trial management powers were never intended to intrude on the rules of evidence. The trial management powers identified in *Felderhof* allow trial judges to control the court's process by managing how parties *present* their case, not the evidence they can tender to *build* their case. The trial judge's decision to postpone ruling on the admissibility of documents until after the OSC called its next witness, for example, did not prevent the OSC from using those impugned documents to build its case; it simply deferred the admissibility issue to later in the trial and changed the order in which the OSC presented its case. Indeed, none of the trial

instance de contrôler sa propre procédure. C'est dans ce contexte que le juge Rosenberg a défini comme suit l'étendue des pouvoirs [TRADUCTION] « de gestion de l'instance » dont est investi le juge du procès :

[TRADUCTION] Je crois qu'une observation s'impose au sujet du pouvoir de gestion de l'instance. Il n'est ni nécessaire ni possible définir de manière exhaustive son contenu ou ses limites. Cependant, il comprend à tout le moins le pouvoir d'imposer des limites raisonnables aux observations orales, d'ordonner que des observations soient présentées par écrit, d'exiger d'autres preuves éventuelles avant que soit entrepris un long voir-dire, de différer des décisions, de prescrire la manière dont se déroule un voir-dire, en particulier s'il convient d'y procéder sur la base d'un témoignage ou sous une autre forme, et, exceptionnellement, de décider de l'ordre dans lequel les éléments de preuve sont présentés. Ce dernier pouvoir doit être exercé avec circonspection parce que le juge du procès ne connaît pas le dossier des avocats. Cependant, un juge ne commettrait pas une erreur de compétence en exerçant ce pouvoir, à moins que la décision n'ait eu pour effet de causer un tort injuste et irréparable à la poursuite. Cela ne s'est pas produit en l'espèce. [par. 57]

[129] Le juge Rosenberg n'a pas non plus constaté d'erreur dans l'ordonnance du juge du procès intimant à la CVMO de préparer et de communiquer une liste de documents qu'elle entendait soumettre à un témoin. Encore une fois, cette ordonnance était autorisée par les pouvoirs de gestion de l'instance dont disposait le juge et par la nécessité d'une conduite efficace du procès.

[130] Nous souscrivons à l'approche adoptée dans l'arrêt *Felderhof*. Cette décision reflète bien que les pouvoirs de gestion de l'instance n'ont jamais été conçus dans l'optique d'empiéter sur les règles de preuve. Les pouvoirs de gestion de l'instance mis en évidence dans *Felderhof* permettent aux juges de procès de contrôler le déroulement de l'instance en gérant la manière dont les parties *présentent* leur preuve, et non pas les éléments qu'elles peuvent soumettre pour *bâtir* celle-ci. À titre d'exemple, la décision du juge du procès de différer son jugement sur l'admissibilité de documents jusqu'à ce que la CVMO fasse entendre son témoin suivant n'a pas empêché la CVMO d'utiliser ces documents contestés pour bâtir sa cause; elle a simplement eu pour effet

management decisions in *Felderhof* impacted the substantive content of the OSC's case.

[131] Before concluding, we wish to emphasize that this conclusion does not mean that trial management decisions are inconsequential and should be made haphazardly. How parties present their case may be just as important as the substance of their case. Accordingly, these powers should be exercised cautiously: *Felderhof*, at para. 38. Trial judges should generally confine themselves to their own responsibilities, leaving counsel and the jury to their respective functions: *R. v. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500, at para. 39. If trial management decisions render a trial unfair, a new trial will be necessary, even when there are no conflicts with the rules of evidence: *Felderhof*, at paras. 38 and 56; *Potter*, at para. 787; *Murray*, at paras. 96 and 105; *John*, at paras. 50-51.

(2) The Rules of Evidence Are Sensitive to Trial Efficiency Concerns

[132] The Crown argued that separating trial management powers from the rules of evidence in the way outlined above would lead to inefficiency and confusion. In its view, it is impossible to create “silos” between trial management powers and the rules of evidence, particularly in the context of cross-examination. The Crown submits that substantive limits on cross-examination can be justified on both evidentiary and trial management grounds because “[s]ome limitations will be based solely on evidentiary issues such as relevance” while others “will be based on efficiency to encourage focus”: *R.R.F.*, at para. 3.

[133] We disagree. This argument is premised on the incorrect assumption that the law of evidence is blind to trial efficiency concerns. The law of evidence allows courts to weigh the benefits of admitting oral or real

de remettre l'examen de la question de l'admissibilité à plus tard au cours du procès et de changer l'ordre dans lequel la CVMO a présenté sa preuve. En fait, aucune des décisions de gestion de l'instance rendues dans *Felderhof* n'a eu d'incidence sur le contenu substantiel de la preuve de la CVMO.

[131] Avant de conclure, nous tenons à souligner que cette conclusion ne signifie pas que les décisions de gestion de l'instance sont sans conséquence et qu'elles ne devraient pas être rendues de façon méthodique. La façon dont les parties présentent leur preuve peut être tout aussi importante que le contenu de celle-ci. En conséquence, ces pouvoirs devraient être exercés avec prudence : *Felderhof*, par. 38. Les juges de procès devraient en général se limiter à l'exercice de leurs propres responsabilités, et laisser les avocats et le jury s'acquitter de leurs fonctions respectives : *R. c. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500, par. 39. Si les décisions de gestion de l'instance rendent un procès inéquitable, un nouveau procès sera nécessaire, même s'il n'y a aucun conflit avec les règles de preuve : *Felderhof*, par. 38 et 56; *Potter*, par. 787; *Murray*, par. 96 et 105; *John*, par. 50-51.

(2) Les règles de preuve tiennent compte des préoccupations liées à l'efficacité du procès

[132] La Couronne a fait valoir que le fait de séparer les pouvoirs de gestion de l'instance des règles de preuve de la façon précédemment décrite serait source d'inefficacité et de confusion. À son avis, il est impossible de [TRADUCTION] « cloisonner » les pouvoirs de gestion de l'instance et les règles de preuve, en particulier dans le contexte d'un contre-interrogatoire. La Couronne soutient que d'importantes limites au contre-interrogatoire peuvent se justifier tant pour des raisons de preuve que pour des motifs liés à la gestion de l'instance parce que [TRADUCTION] « [c]ertaines limites reposeront uniquement sur des questions de preuve comme la pertinence » alors que d'autres « seront fondées sur l'efficacité afin de favoriser le maintien du cap » : *m.r.i.*, par. 3.

[133] Nous sommes en désaccord. Cet argument repose sur l'hypothèse erronée selon laquelle le droit de la preuve ne tient pas compte des préoccupations liées à l'efficacité du procès. Le droit de la preuve

evidence against the costs to trial efficiency. Courts should exclude technically admissible evidence when the costs to the trial process outweigh the benefits. This is reflected in established exclusionary rules, as well as the general discretionary power to exclude evidence when its probative value is outweighed by its prejudicial effects.

[134] The collateral facts rule, for example, is an established exclusionary rule that prohibits calling evidence solely to contradict a witness on a collateral fact: *R. v. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521, at para. 58. This rule is designed to promote judicial efficiency: D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at p. 4. In most cases, collateral facts are relevant and material, but not very probative of the ultimate issues at trial. Courts thus prevent parties from pursuing collateral facts because the benefit of pursuing the collateral facts to the trial's truth-seeking function is outweighed by the negative effects to the trial process. But when the benefits of the collateral facts outweigh the negative impact on the trial process, exceptions to this general exclusionary rule apply. The established exceptions to the collateral facts rule — such as proof of bias — recognize that when the probative value of a collateral fact outweighs its prejudicial effects to trial efficiency, parties should be allowed to pursue the issue: p. 604.

[135] More generally, trial judges have a residual discretion to exclude technically admissible evidence when the evidence's probative value is outweighed by its prejudicial effects. Evidence is prejudicial when, among other concerns, it would unduly undermine the efficiency of the trial by consuming “an inordinate amount of time which is not commensurate with its value”: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21; see also *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at paras. 37 and 83; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139, at paras. 60-61; *R. v. Hall*, 2018 ONCA

permet aux tribunaux de mettre en balance les avantages de l'admission d'une preuve testimoniale ou matérielle, et ses désavantages quant à l'efficacité du procès. Les tribunaux devraient exclure une preuve en principe admissible lorsque les désavantages pour l'instruction du procès l'emportent sur les avantages. C'est ce qui ressort des règles d'exclusion établies, ainsi que du pouvoir discrétionnaire général d'exclure une preuve lorsque ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante.

[134] La règle relative aux faits incidents, par exemple, est une règle d'exclusion établie qui interdit de présenter une preuve uniquement dans le but de contredire un témoin sur un fait incident : *R. c. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521, par. 58. Cette règle vise à favoriser l'efficacité judiciaire : D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8^e éd. 2020), p. 4. Dans la plupart des cas, les faits incidents sont pertinents et substantiels, mais n'ont pas une grande valeur probante en ce qui concerne les véritables questions en litige. Les tribunaux empêchent donc les parties d'explorer des faits incidents, puisque leurs effets négatifs sur l'instruction du procès l'emportent sur les avantages qu'ils peuvent présenter dans la recherche de la vérité. Cependant, quand les avantages des faits incidents l'emportent sur leur incidence négative sur l'instruction du procès, des exceptions à cette règle générale d'exclusion s'appliquent. Les exceptions établies à la règle relative aux faits incidents — telle une preuve de partialité — reconnaissent que dans le cas où la valeur probante du fait incident l'emporte sur ses effets préjudiciables à l'efficacité du procès, les parties devraient être autorisées à explorer la question : p. 604.

[135] Plus généralement, les juges de procès ont le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve en principe admissible quand ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve est notamment préjudiciable lorsqu'elle compromettrait indûment l'efficacité du procès en exigeant « un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur » : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21; voir aussi *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 37 et 83; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139, par. 60-61; *R. c. Hall*, 2018 ONCA

185, 139 O.R. (3d) 561, at para. 59; *R. v. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1, at paras. 382-89.

[136] Contrary to the Crown's position, limits on cross-examination can and should be understood as applications of these ordinary rules of evidence and, in particular, the trial judge's residual power to exclude overly prejudicial evidence: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 44 and 50; *Nield*, at para. 73. The Crown is correct that some courts have labelled a trial judge's ability to curtail cross-examination as an instance of a trial judge's trial management powers. For example, interventions to prevent irrelevant, repetitive, or misleading cross-examination have been labelled by some courts as trial management decisions: see *John*, at para. 52; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444, at para. 22 (CanLII); *R. v. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577, at para. 104.

[137] But we disagree with these cases and would overturn them on this point. It is more appropriate to label such interventions as evidentiary rulings. A trial judge should prevent counsel from asking irrelevant questions because those questions have no probative value. Similarly, courts should stop repetitious or misleading questioning because the probative value of repeated or misleading questions is minimal while their prejudicial effects to the trial process are significant: see *R. v. Mitchell*, 2008 ONCA 757, at paras. 7 and 19 (CanLII); *Candir*, at paras. 60-63; *Podolski*, at paras. 382-89.

[138] In sum, when considering the admissibility of real or oral evidence, trial judges can and should consider trial efficiency concerns. There is no need to rely on trial management authority when weighing the benefits of evidence against the need for trial expediency.

[139] But there are significant risks with relying on trial management authority when making evidentiary rulings. We focus on two below, namely the risks to

185, 139 O.R. (3d) 561, par. 59; *R. c. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1, par. 382-389.

[136] Contrairement à ce que prétend la Couronne, les limites au contre-interrogatoire peuvent, et devraient, être considérées comme des cas d'application de ces règles ordinaires de preuve et, en particulier, comme des cas d'application du pouvoir résiduel du juge du procès d'exclure une preuve trop préjudiciable : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 44 et 50; *Nield*, par. 73. La Couronne a raison d'affirmer que certains tribunaux ont estimé que la faculté du juge du procès de restreindre un contre-interrogatoire constitue un exercice de ses pouvoirs de gestion de l'instance. À titre d'exemple, certains tribunaux ont qualifié les interventions en vue d'empêcher un contre-interrogatoire non pertinent, répétitif ou trompeur de décisions de gestion de l'instance : voir *John*, par. 52; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444, par. 22 (CanLII); *R. c. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577, par. 104.

[137] Nous sommes en désaccord avec ce courant jurisprudentiel et nous sommes d'avis de l'écarter sur ce point. Il est plus approprié de qualifier de telles interventions de décisions en matière de preuve. Le juge du procès devrait empêcher les avocats de poser des questions non pertinentes parce que de telles questions n'ont aucune valeur probante. De même, les tribunaux devraient interrompre des interrogatoires répétitifs ou trompeurs parce que la valeur probante de tels interrogatoires est minimale alors que leurs effets préjudiciables sur l'instruction du procès sont importants : voir *R. c. Mitchell*, 2008 ONCA 757, par. 7 et 19 (CanLII); *Candir*, par. 60-63; *Podolski*, par. 382-389.

[138] En somme, dans l'examen de l'admissibilité d'une preuve matérielle ou testimoniale, les juges de procès peuvent, et devraient, prendre en considération les préoccupations liées à l'efficacité du procès. Il n'est pas nécessaire de se fonder sur les pouvoirs de gestion de l'instance pour mettre en balance les avantages de la preuve et le besoin de célérité du procès.

[139] Cependant, le fait de s'appuyer sur les pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve comporte des risques importants.

(1) trial predictability and consistency, and (2) the accused's right to make full answer and defence.

(a) *The Rules of Evidence Promote Predictability and Consistency*

[140] Most litigation is a truth-seeking exercise. Cases typically turn on a dispute about the facts, not on disagreements about what the law requires. As such, the rules governing how parties can establish the facts to support their case are often just as important as the substantive legal principles governing the dispute.

[141] The rules of evidence dictate how parties can establish the facts needed to build their case. In a predictable manner, it lets parties know what information they can present to support their case, how they can tender this information, and what use they can make of this information once admitted: see *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 25.

[142] Parties are entitled to present all relevant and material evidence to the trier of fact, absent a clear ground for exclusion: *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at para. 68; C. A. Wright, "The Law of Evidence: Present and Future" (1942), 20 *Can. Bar Rev.* 714, at p. 715; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at §1.1. A decision that restricts the trier of fact from considering relevant and material evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying exclusion jeopardizes the accused's constitutional right to make full answer and defence. It also undercuts society's interest in getting at the truth: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 609; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 47-48.

[143] When the admissibility of oral or real evidence is at issue, trial judges should turn their minds to the rules of evidence, not their trial management

Nous nous attarderons sur les deux suivants, à savoir les risques relatifs (1) à la prévisibilité et l'uniformité des procès, et (2) au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

a) *Les règles de preuve favorisent la prévisibilité et l'uniformité*

[140] La plupart des litiges ont pour objet la recherche de la vérité. Habituellement, les affaires portent sur un différend quant aux faits, et non sur des désaccords quant à ce que prescrit le droit. Ainsi, les règles qui régissent la manière dont les parties peuvent établir les faits à l'appui de leur thèse sont souvent tout aussi importantes que les principes juridiques de fond qui régissent le litige.

[141] Les règles de preuve dictent comment les parties peuvent établir les faits nécessaires pour prouver leur thèse. Cela permet aux parties de savoir quels éléments elles peuvent présenter à l'appui de leur position, comment elles peuvent présenter ces éléments et quelle utilisation elles peuvent en faire une fois qu'ils ont été admis : voir *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 25.

[142] En l'absence de motif clair d'exclusion, les parties sont autorisées à présenter toute preuve pertinente et substantielle au juge des faits : *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, par. 68; C. A. Wright, « The Law of Evidence : Present and Future » (1942), 20 *R. du B. can.* 714, p. 715; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), §1.1. Une décision qui limite le juge des faits dans sa prise en considération d'une preuve pertinente et substantielle, en l'absence d'une raison claire de politique générale ou de droit justifiant l'exclusion, compromet le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière. Ceci porte aussi atteinte à l'intérêt de la société à ce que la vérité soit découverte : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 47-48.

[143] Quand l'admissibilité d'une preuve testimoniale ou matérielle est en cause, les juges de procès devraient porter leur attention sur les règles de preuve,

authority. Relying on trial management authority to make evidentiary determinations could create a two-tiered system: some litigants would need to build their case under established evidentiary rules while others would need to build it under the trial judge's more loosely defined and opaque trial management discretion. This would make litigation less predictable, accessible, and fair. It would also stifle development of the law. If appropriate rulings cannot be made under the current rules of evidence, those rules should be modified, not ignored.

(b) *The Rules of Evidence Protect an Accused Person's Right to Make Full Answer and Defence*

[144] The rules of evidence provide special protection to accused persons. Accused persons have a wide right to call evidence: *R. v. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219 (Ont. C.A.), at p. 231. Unlike in the case of Crown-led evidence, there is no evidentiary discretion to exclude technically admissible defence evidence simply because its probative value is outweighed by its prejudicial effects. Instead, defence-led evidence should be excluded only when its probative value is *substantially* outweighed by the prejudice it could cause: *Seaboyer*, at pp. 611-12; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 76. This more demanding standard for the exclusion of defence-led evidence is founded in the fundamental tenet of our justice system that it is generally better to produce an inaccurate acquittal than a wrongful conviction.

[145] An accused person's wide right to call evidence includes a wide right to cross-examine the Crown's witnesses, especially when credibility is the central issue at trial: *Lyttle*, at paras. 69-70; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 663-65. A trial judge should only intervene in a defence-led cross-examination when the prejudice from the

et non pas sur leurs pouvoirs de gestion de l'instance. Recourir aux pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve pourrait créer un système à deux paliers : certaines parties auraient à bâtir leur cause suivant les règles de preuve établies, alors que d'autres auraient à le faire eu égard au pouvoir discrétionnaire de gestion de l'instance dont est investi le juge du procès, lequel est moins clairement défini et obscur. Les procès seraient alors moins prévisibles, moins accessibles et moins équitables. Cela aurait aussi pour effet de freiner l'évolution du droit. Si des décisions appropriées ne peuvent pas être rendues en application des règles actuelles de preuve, ces règles devraient être modifiées, et non pas ignorées.

b) *Les règles de preuve protègent le droit de la personne accusée de présenter une défense pleine et entière*

[144] Les règles de preuve accordent une protection spéciale aux personnes accusées. Ces dernières possèdent un droit étendu de présenter une preuve : *R. c. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219 (C.A. Ont.), p. 231. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une preuve produite par la Couronne, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve de la défense, en principe admissible, pour le simple motif que ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve présentée par la défense devrait plutôt être exclue uniquement quand le préjudice qu'elle est susceptible de causer l'emporte *substantiellement* sur sa valeur probante : *Seaboyer*, p. 611-612; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 76. Cette norme plus exigeante applicable à l'exclusion d'une preuve produite par la défense repose sur le principe fondamental de notre système de justice, selon lequel il vaut généralement mieux prononcer un acquittement inexact qu'une déclaration de culpabilité injustifiée.

[145] Le droit étendu d'une personne accusée de présenter une preuve comprend le droit étendu de contre-interroger les témoins de la Couronne, en particulier lorsque la crédibilité est centrale à l'issue du procès : *Lyttle*, par. 69-70; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663-665. Le juge du procès ne devrait intervenir dans un contre-interrogatoire mené par la

accused's questioning substantially outweighs the value of the evidence: *Nield*, at para. 73.

[146] If a trial judge curtails defence-led evidence under the guise of their trial management powers, these safeguards may be ignored. The rules of evidence outlined above protect an accused's right to make full answer and defence by ensuring that trial judges do not too readily exclude defence evidence, even when that evidence has minimal probative value or some serious prejudicial effects. Trial management powers do not direct trial judges to be similarly cautious. Relying on trial management authority to curtail a line of cross-examination in the name of trial efficiency, for example, could prevent defence counsel from eliciting relevant and material evidence even when the prejudicial effects of the questions do not *substantially* outweigh their probative value.

[147] This would jeopardize the accused's right to make full answer and defence and increase the chance for wrongful convictions. But this risk can be minimized by ensuring that judges consistently turn their minds to the rules of evidence when asked to determine the admissibility of real or oral evidence, rather than their trial management authority.

[148] Given the trial judge's proximity to the evidence and awareness of the dynamics at trial, the trial judge's considered weighing of probative value and prejudicial effect is entitled to deference on appeal: *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581, at para. 31. However, whether the trial judge applied the proper legal test to decide an evidentiary issue is reviewable on a standard of correctness: S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), vol. 3, at §37:31; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8; *R. v. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515, at para. 54; *R. v. C. (K.)*, 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181, at para. 36.

défense que dans le cas où le préjudice causé par les questions de l'accusé l'emporte substantiellement sur la valeur de la preuve : *Nield*, par. 73.

[146] Si le juge du procès, sous le couvert de ses pouvoirs de gestion de l'instance, restreint une preuve présentée par la défense, ces garanties peuvent ne pas être prises en compte. Les règles de preuve énoncées précédemment protègent le droit de l'accusé à une défense pleine et entière en garantissant que les juges de procès n'excluent pas trop facilement une preuve de la défense, même lorsque cette preuve a une valeur probante minimale ou des effets préjudiciables graves. Les pouvoirs de gestion de l'instance n'obligent par les juges de procès à faire preuve de pareille prudence. Recourir à ces pouvoirs pour restreindre une ligne de questions en contre-interrogatoire au nom de l'efficacité du procès pourrait, par exemple, empêcher l'avocat de la défense d'obtenir une preuve pertinente et substantielle, et ce, même lorsque les effets préjudiciables des questions ne l'emportent pas *substantiellement* sur leur valeur probante.

[147] Cela compromettrait le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et accroîtrait le risque de déclarations de culpabilité injustifiées. Cependant, ce risque peut être minimisé en veillant à ce que les juges appelés à se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve matérielle ou testimoniale portent systématiquement leur attention sur les règles de preuve, plutôt que sur leurs pouvoirs de gestion de l'instance.

[148] Vu la proximité du juge du procès avec la preuve et sa connaissance de la dynamique d'un procès, son évaluation mûrement réfléchie de la valeur probante et de l'effet préjudiciable commande la déférence en appel : *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581, par. 31. Cependant, la question de savoir si le juge a appliqué la norme juridique adéquate pour se prononcer sur une question de preuve est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte : S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, §37 :31; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8; *R. c. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515, par. 54; *R. c. C. (K.)*, 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181, par. 36.

(3) The Exclusion of Evidence Relating to Who Had Possession of the Gun Was an Erroneous Evidentiary Ruling

[149] The majority of the Court of Appeal held that the trial judge's exclusion of the security guard's preliminary inquiry testimony about who dropped and picked up the gun was a proper exercise of the trial judge's trial management powers and entitled to deference. This was an error. By preventing Mr. Samaniego's counsel from cross-examining the security guard on his inconsistent testimony, the trial judge excluded *prima facie* relevant, material, and otherwise admissible evidence. This was an evidentiary decision and its propriety must be assessed through the law of evidence. As we explain below, this error is sufficient to warrant a new trial. It is therefore unnecessary to comment further on the other three impugned rulings.

[150] We do not dispute that the initial question posed by Mr. Samaniego's counsel was poorly phrased. After reading out the relevant portion of the preliminary inquiry transcript, Mr. Samaniego's counsel asked the security guard: ". . . why did you not tell what you're telling us today or yesterday?" As the majority of the Court of Appeal points out, the trial judge saw this as a potentially misleading question, since the security guard ultimately adopted his police statement at the preliminary inquiry.

[151] The law of evidence provided the trial judge with a number of options to deal with this arguably misleading question. If she thought the question was misleading because it was missing necessary context, she could have asked Mr. Samaniego's counsel to rephrase the question and draw the security guard's attention to the fact that he had also subsequently adopted his police statement at the preliminary inquiry: *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 10(1); Lederman, Bryant and Fuerst, at §16.186. The trial judge could have also simply allowed the

(3) L'exclusion de la preuve sur l'identité de la personne qui avait l'arme à feu en sa possession était une décision erronée en matière de preuve

[149] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'exclusion par la juge du procès du témoignage qu'avait rendu le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu, constituait un exercice approprié de ses pouvoirs de gestion de l'instance et commandait la déférence. C'était une erreur. En empêchant l'avocate de M. Samaniego de contre-interroger le gardien de sécurité sur son témoignage contradictoire, la juge du procès a exclu une preuve pertinente *prima facie*, substantielle et par ailleurs admissible. Il s'agissait d'une décision en matière de preuve et son bien-fondé doit être évalué à la lumière du droit de la preuve. Comme nous l'expliquons ci-après, cette erreur est suffisante pour justifier la tenue d'un nouveau procès. Il n'est donc pas nécessaire de traiter davantage des trois autres décisions contestées.

[150] Nous ne contestons pas que la question initiale posée par l'avocate de M. Samaniego était mal formulée. Après avoir lu à haute voix le passage pertinent de la transcription de l'enquête préliminaire, l'avocate de M. Samaniego a posé la question suivante au gardien de sécurité : [TRADUCTION] « . . . pourquoi n'avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd'hui ou ce que vous nous avez dit hier? » Comme le soulignent les juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge du procès a estimé qu'il s'agissait d'une question susceptible d'induire en erreur, puisque le gardien de sécurité avait fini par adopter, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police.

[151] Le droit de la preuve offrait à la juge du procès plusieurs moyens de traiter de cette question sans doute trompeuse. Si elle croyait que la question était trompeuse parce qu'il lui manquait le contexte nécessaire, elle aurait pu demander à l'avocate de M. Samaniego de reformuler celle-ci et d'attirer l'attention du gardien de sécurité sur le fait qu'il avait en outre subséquentement adopté, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police : *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, par. 10(1); Lederman, Bryant et Fuerst, §16.186. La juge du procès aurait aussi simplement pu autoriser

question, leaving it for the Crown to raise the security guard's prior consistent police statement in reply: see Hill, Tanovich and Strezos, vol. 2, at §21:91; *Murray*, at paras. 152-54. Either way, the jury could then assess whether the inconsistency was the result of the security guard's genuine memory loss or whether it was illustrative of the security guard testifying falsely at the preliminary inquiry to protect his friend.

[152] Alternatively, if the trial judge thought that defence counsel was baselessly misrepresenting the facts and misleading the jury, she could have restricted that line of questioning under her overarching exclusionary power if the question's probative value was substantially outweighed by its prejudicial effects. Contrary to our colleague's assertion, this would be an evidentiary ruling, not a trial management decision.

[153] The trial judge took none of these steps. She did not determine that the question's probative value was substantially outweighed by its prejudicial effects, nor was there any basis for doing so. Instead, she thought the question was misleading because it was missing some necessary context: the fact that the security guard made a consistent statement in his police statement. But instead of following the correct evidentiary procedures noted above to deal with this, the trial judge prevented Mr. Samaniego's counsel from asking any questions on the specifics about what the security guard said at the preliminary inquiry before he adopted his police statement. The trial judge then instructed the jury that any reference to the security guard's preliminary inquiry testimony related to his uncertainty about who he saw holding the gun was to be disregarded and play no basis in their deliberations.

[154] This was not a trial management decision. It did not impact how Mr. Samaniego could present his case; it directly impacted the substance of Mr. Samaniego's defence and his ability to build his

la question et laisser à la Couronne le soin de soulever en réplique la déclaration antérieure compatible du gardien de sécurité à la police : voir Hill, Tanovich et Strezos, vol. 2, §21 :91; *Murray*, par. 152-154. D'une manière ou d'une autre, le jury aurait alors pu évaluer si la contradiction résultait d'une véritable perte de mémoire chez le gardien de sécurité ou si elle illustrait plutôt le fait que celui-ci avait livré un faux témoignage à l'enquête préliminaire dans le but de protéger son ami.

[152] Subsidièrement, si la juge du procès estimait que l'avocate de la défense dénaturait sans fondement les faits et induisait le jury en erreur, elle aurait pu limiter cette ligne de questions lors du contre-interrogatoire. Son pouvoir général d'exclusion de la preuve le lui permet lorsque les effets préjudiciables de la question l'emportent substantiellement sur sa valeur probante. Contrairement à ce qu'affirme notre collègue, il s'agirait là d'une décision en matière de preuve, et non pas d'une décision relative à la gestion de l'instance.

[153] La juge du procès n'a emprunté aucune de ces avenues. Elle n'a pas conclu que les effets préjudiciables de la question l'emportaient substantiellement sur sa valeur probante, et rien ne permettait non plus de le faire. Elle a plutôt estimé que la question était trompeuse parce qu'il lui manquait un élément de contexte nécessaire, à savoir que le gardien de sécurité avait fait une déclaration compatible dans sa déclaration à la police. Cependant, au lieu de suivre les procédures adéquates en matière de preuve énoncées ci-dessus pour traiter de la situation, la juge du procès a empêché l'avocate de M. Samaniego de poser quelque question que ce soit quant à ce qu'avait dit le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, soit avant d'adopter sa déclaration à la police. Elle a ensuite donné comme directive au jury de faire abstraction et de ne tenir aucunement compte dans ses délibérations de toute mention du témoignage du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire en ce qui a trait à son incertitude quant à l'identité de la personne qu'il avait vue tenir l'arme à feu.

[154] Il ne s'agissait pas d'une décision relative à la gestion de l'instance. Cette décision n'a eu aucune incidence sur la manière dont M. Samaniego pouvait présenter sa preuve; au contraire, elle a eu une

defence. It prevented Mr. Samaniego's counsel from adducing oral evidence — that is, testimony from the security guard at trial — that could have undermined the security guard's credibility. It was therefore an evidentiary decision. Its propriety must be assessed through the law of evidence.

[155] There was no sound evidentiary basis justifying the exclusion of this evidence. This evidence was relevant and material. The security guard's initial preliminary inquiry testimony was plainly inconsistent with his trial testimony, as the trial judge herself acknowledged. It was therefore relevant and material to a central issue at trial — the security guard's credibility. To reiterate, the security guard's testimony was the only evidence at trial that linked Mr. Samaniego to the gun. Establishing that the security guard gave inconsistent testimony on the direct issue underlying the charge — who had possession of the gun — could have been highly damaging to the security guard's credibility. It could have also supported Mr. Samaniego's central defence at trial: that the security guard was biased and willing to give misleading testimony to assist his friend, Mr. Serrano.

[156] The impugned evidence was also not subject to any exclusionary rule. The fact that the security guard's police statement was admitted through a hearsay exception at the preliminary inquiry did not erase the earlier inconsistent testimony. The trial judge seems to have misunderstood the effect of the preliminary inquiry ruling. The preliminary inquiry ruling did not bind the trial judge: *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, at para. 48; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §5:5. Nor did it erase the evidence. As Paciocco J.A. correctly points out in dissent, “[l]ater evidence does not eradicate earlier evidence”: para. 125. The trial judge erred in holding otherwise.

incidence directe sur le cœur de sa défense et sur sa capacité à bâtir sa défense. Cette décision a empêché l'avocate de M. Samaniego de présenter une preuve testimoniale — c'est-à-dire le témoignage du gardien de sécurité au procès — qui aurait pu miner la crédibilité du gardien de sécurité. Il s'agissait donc d'une décision en matière de preuve. Son bien-fondé doit être apprécié au regard du droit de la preuve.

[155] Rien ne justifiait l'exclusion de cette preuve. Celle-ci était pertinente et substantielle. Le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire était manifestement incompatible avec son témoignage au procès, comme l'a elle-même reconnu la juge du procès. Cette preuve était donc pertinente et substantielle quant à une question centrale au procès — la crédibilité du gardien de sécurité. Nous le répétons, le témoignage du gardien de sécurité était la seule preuve présentée au procès qui liait M. Samaniego à l'arme à feu. Établir que le gardien de sécurité avait livré un témoignage contradictoire quant à la question fondamentale à la culpabilité de l'accusé — soit celle de savoir qui avait l'arme en sa possession — aurait pu compromettre grandement sa crédibilité. Cela aurait en outre pu étayer la thèse centrale de la défense de M. Samaniego au procès, à savoir que le gardien de sécurité avait un parti pris et qu'il était disposé à livrer un témoignage trompeur dans le but d'aider son ami, M. Serrano.

[156] De plus, la preuve en cause n'était l'objet d'aucune règle d'exclusion. Le fait que la déclaration du gardien de sécurité à la police a été admise à l'enquête préliminaire en vertu d'une exception à la règle du oui-dire n'a pas eu pour effet d'effacer le témoignage incompatible antérieur. La juge du procès semble avoir mal compris l'effet de la décision à l'enquête préliminaire. Cette décision ne liait pas la juge : *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, par. 48; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, §5 :5. Elle n'a pas non plus effacé la preuve. Comme le souligne à bon droit le juge Paciocco dans sa dissidence, [TRADUCTION] « [l]e témoignage ultérieur ne supprime pas le témoignage antérieur » : par. 125. La juge du procès a eu tort de conclure autrement.

[157] Finally, the prejudicial effects of the evidence did not substantially outweigh its probative value: *Seaboyer*, at pp. 611-12. As noted above, the probative value of this evidence was extremely high and touched on the central issue at trial. The prejudicial effects, on the other hand, were minimal at best. Indeed, neither the trial judge nor the Crown purported to rely on this basis for the exclusion, as there were clearly no grounds for doing so.

[158] This erroneous evidentiary decision deprived Mr. Samaniego of the right to pursue a highly relevant line of cross-examination. It also usurped the role of the jury. The trial judge may have viewed the inconsistent testimony as an instance of genuine memory loss. But that was not her call to make. The jury, not the trial judge, was entitled to determine whether the inconsistency was the result of genuine memory loss or an instance of the security guard testifying falsely to protect his friend.

C. *Issue 3: The Curative Proviso Cannot Save This Error*

[159] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, permits an appellate court to dismiss an appeal, despite an error of law, when there is “no substantial wrong or miscarriage of justice”.

[160] At the Court of Appeal, the Crown did not raise the application of the curative proviso. The Crown also did not raise the application of the curative proviso in its factum before this Court. It was only in response to a question during oral argument in this Court that the Crown submitted that the curative proviso could be applied if a legal error is found. While we agree that this issue is properly before this Court, in our view, the curative proviso is clearly inapplicable.

[161] The jurisprudence on the application of the curative proviso is clear. The curative proviso can only be applied where there is no “reasonable possibility

[157] Enfin, les effets préjudiciables de la preuve ne l'emportaient pas substantiellement sur sa valeur probante : *Seaboyer*, p. 611-612. Rappelons que la valeur probante de cette preuve était extrêmement élevée et touchait à la question centrale soulevée au procès. Par ailleurs, les effets préjudiciables étaient tout au plus minimales. De fait, ni la juge du procès ni la Couronne n'ont prétendu s'appuyer sur ce fondement pour l'exclusion, puisqu'il n'y avait manifestement aucun motif de le faire.

[158] Cette décision erronée en matière de preuve a privé M. Samaniego du droit de poursuivre une ligne de questions très pertinente lors du contre-interrogatoire. Elle a en outre usurpé le rôle du jury. Il se peut que la juge du procès ait considéré le témoignage contradictoire comme un cas de véritable perte de mémoire. Cependant, cette décision ne lui appartenait pas. C'est le jury, et non la juge du procès, qui était habilité à trancher la question de savoir si la contradiction résultait d'une véritable perte de mémoire ou bien du fait que le gardien de sécurité livrait un faux témoignage dans le but de protéger son ami.

C. *Question 3 : La disposition réparatrice ne peut valider cette erreur*

[159] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, connu sous le nom de disposition réparatrice, permet à une cour d'appel de rejeter un appel, malgré une erreur de droit, lorsqu'il n'y a « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ».

[160] Devant la Cour d'appel, la Couronne n'a pas soulevé l'application de la disposition réparatrice. Elle ne l'a pas fait non plus dans son mémoire devant notre Cour. Ce n'est qu'en réponse à une question posée lors des plaidoiries orales devant notre Cour que la Couronne a fait valoir que la disposition réparatrice pouvait être appliquée si une erreur de droit était constatée. Bien que nous soyons d'accord pour dire que notre Cour est saisie, à bon droit, de cette question, nous estimons que la disposition réparatrice est clairement inapplicable.

[161] La jurisprudence sur l'application de la disposition réparatrice est claire. Cette disposition ne peut être appliquée que s'il n'existe aucune « possibilité

that the verdict would have been different had the error . . . not been made”: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617. There are two situations in which the curative proviso is appropriate: (1) where the error is so harmless or trivial that it could not have had any impact on the verdict; or (2) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would have inevitably convicted (*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 29-31).

[162] Regardless of which branch of the curative proviso is argued, the Crown bears the burden of showing its application is appropriate: *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34. This is a heavy burden, reflecting the limited role of an appellate court and the need to safeguard the criminal justice process from the risk of wrongful convictions: see *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 28; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at paras. 110 and 127, per Brown and Rowe JJ., dissenting. Where the error of law is the exclusion of exculpatory evidence, any reasonable effect that the excluded evidence could have had on the trier of fact should enure to the benefit of the accused: *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 329.

[163] The first branch of the curative proviso has appropriately been applied in cases where it is possible to trace the effect of the error on the verdict. Generally, an error may be characterized as harmless if it is insignificant to the determination of guilt or if it benefits the accused: *Khan*, at para. 30. As this Court stated in *Van*, “[t]he overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made”: para. 35.

[164] The second branch of the curative proviso can be appropriately applied when the Crown can demonstrate that the evidence was so overwhelming such that, despite the error, a trier of fact would have

raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617. L’application de la disposition réparatrice est appropriée dans deux situations : (1) lorsque l’erreur est si inoffensive ou négligeable qu’elle n’aurait pu avoir d’incidence sur le verdict, ou (2) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits aurait forcément conclu à la culpabilité (*R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 29-31).

[162] Sans égard au volet de la disposition réparatrice que l’on invoque, il incombe à la Couronne de démontrer qu’il convient de l’appliquer : *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34. Il s’agit d’un lourd fardeau, en ce qu’il reflète le rôle limité que joue une cour d’appel et le besoin de protéger le processus de justice pénale contre le risque de déclarations de culpabilité injustifiées : voir *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 28; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 110 et 127, les juges Brown et Rowe, dissidents. Lorsque l’erreur de droit consiste en l’exclusion d’une preuve disculpatoire, l’accusé doit bénéficier de tout effet raisonnable que la preuve exclue aurait pu avoir sur le juge des faits : *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 329.

[163] Le premier volet de la disposition réparatrice a été appliqué, à bon droit, dans des affaires où il était possible de déterminer les incidences de l’erreur sur le verdict. En général, une erreur peut être qualifiée d’inoffensive si elle ne revêt pas d’importance quant à la détermination de la culpabilité ou si elle bénéficie à l’accusé : *Khan*, par. 30. Comme notre Cour l’a affirmé dans *Van*, « [l]a question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l’erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d’un effet préjudiciable qu’un juge ou un jury raisonnable n’aurait pas pu rendre un verdict différent si l’erreur n’avait pas été commise » : par. 35.

[164] Le second volet de la disposition réparatrice peut être appliqué, à bon droit, lorsque la Couronne est en mesure de démontrer que la preuve était à ce point accablante que, nonobstant l’erreur, le juge des

inevitably convicted: *Khan*, at para. 31. Under the second branch, “[t]he standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case ‘beyond a reasonable doubt’ at trial”: *Trochym*, at para. 82.

[165] The two branches of the curative proviso are distinct. The assessment of whether an error is harmless is done without reference to the strength of other evidence at trial: *Van*, at para. 35. In *Sarrazin*, this Court explicitly rejected the argument that an error could be characterized as harmless if the Crown could show that, although the error was prejudicial to the accused, it was highly unlikely to have affected the result. *Sarrazin* has not been overruled and the comments of Binnie J. remain apposite:

It seems to me that there is a significant difference between an error of law that can be confidently dismissed as “harmless”, and an assessment that while the error is prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) *so* prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown’s burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an “overwhelming” case or a “harmless” error of law should not be relaxed. [Emphasis in original; para. 28.]

[166] Neither branch of the proviso is applicable here. With respect to the first branch, the error was not harmless. The right to cross-examine a Crown witness without significant and unwarranted constraint is an essential element of the right to make full answer and defence, guaranteed by both the common law and the *Charter* under ss. 7 and 11(d): *Lyttle*, at paras. 2 and 41; *Osolin*, at pp. 663-65; *Seaboyer*, at p. 608; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v.*

faits aurait forcément conclu à la culpabilité : *Khan*, par. 31. Dans le cadre du second volet, « [l]a norme que la juridiction d’appel doit utiliser, à savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations “hors de tout doute raisonnable” lors du procès » : *Trochym*, par. 82.

[165] Les deux volets de la disposition réparatrice sont distincts. L’appréciation de la question de savoir si une erreur est inoffensive est faite sans que soit évaluée la force probante des autres éléments de preuve au procès : *Van*, par. 35. Dans l’arrêt *Sarrazin*, notre Cour a explicitement rejeté l’argument selon lequel une erreur pouvait être qualifiée d’inoffensive si la Couronne était en mesure de démontrer que, même si l’erreur était préjudiciable à l’accusé, elle risquait fort peu d’avoir influé sur le résultat. L’arrêt *Sarrazin* n’a pas été écarté et les remarques du juge Binnie demeurent pertinentes :

Il me semble y avoir une différence importante entre une erreur de droit que l’on peut écarter en toute confiance parce qu’elle est « inoffensive », et une évaluation selon laquelle l’erreur, bien qu’elle soit préjudiciable, n’est pas (selon l’examen que fait a posteriori la cour d’appel) préjudiciable *au point* d’avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l’objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l’autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d’alléger le fardeau qu’a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu’une erreur de droit est « inoffensive ». [En italique dans l’original; par. 28.]

[166] Ni l’un ni l’autre des volets de la disposition réparatrice n’est applicable en l’espèce. Pour ce qui est du premier volet, l’erreur n’était pas inoffensive. Le droit de contre-interroger un témoin de la Couronne, sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière, garanti par la common law et par la *Charte* à l’art. 7 et à l’al. 11d) : *Lyttle*, par. 2 et 41; *Osolin*, p. 663-665; *Seaboyer*, p. 608;

N.S., 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 24. Commensurate with its importance, the right of cross-examination must be jealously protected and broadly construed: *Lyttle*, at paras. 43-44.

[167] In this case, the trial judge's interference with defence counsel's cross-examination was both significant and unwarranted. Without any evidentiary basis on which to limit the scope of the cross-examination, the trial judge precluded Mr. Samaniego's counsel from probing the security guard on the inconsistency between his preliminary inquiry testimony and his testimony at trial. While the trial judge permitted Mr. Samaniego's counsel to ask the security guard about his "memory in general terms", that was not enough: *R.R.*, vol. III, at p. 62. Mr. Samaniego's counsel was entitled to explore the specifics of this particular inconsistency. Counsel was also entitled to use this inconsistency as part of her overall challenge to the security guard's credibility. An effective cross-examination often involves a coordinated series of attacks that, cumulatively, undermine the witness's credibility. The right to make full answer and defence therefore entitles an accused to explore all inconsistencies and lines of credibility attack, within the evidentiary limits outlined above.

[168] The significance of this error was compounded by the fact that the inconsistency went to the heart of the indictment: who had possession of the gun. It is important to again stress that the only evidence at trial that linked Mr. Samaniego to possession of the gun was the testimony of the security guard. Although there is no absolute bar against applying the curative proviso to cases turning primarily on credibility, the Crown's burden is especially high in those cases. An appellate court must exercise extra caution before applying the curative proviso in such circumstances: *R. v. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149, at para. 32; *R. v. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54, at para. 9; *R. v. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39, at para. 97.

R. c. Levogiannis, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 24. Vu son importance, le droit de contre-interroger doit être jalousement protégé et être interprété généreusement : *Lyttle*, par. 43-44.

[167] En l'espèce, l'interférence de la juge du procès dans le contre-interrogatoire de l'avocate de la défense était à la fois importante et injustifiée. Sans le moindre fondement probant qui eût pu limiter la portée du contre-interrogatoire, la juge du procès a empêché l'avocate de M. Samaniego de poser au gardien de sécurité des questions sur la contradiction entre son témoignage à l'enquête préliminaire et son témoignage au procès. Bien que la juge du procès ait autorisé l'avocate de M. Samaniego à interroger le gardien de sécurité sur sa [TRADUCTION] « mémoire de manière générale », cela n'était pas suffisant : *d.i.*, vol. III, p. 62. L'avocate de M. Samaniego avait le droit d'explorer les détails de cette contradiction en particulier. Elle avait en outre le droit d'utiliser cette contradiction afin de miner la crédibilité du gardien de sécurité. Un contre-interrogatoire efficace implique souvent une série coordonnée d'attaques qui, cumulativement, minent la crédibilité du témoin. Le droit à une défense pleine et entière permet donc à l'accusé d'explorer toutes les contradictions et tous les moyens de s'en prendre à la crédibilité, dans le respect des limites en matière de preuve énoncées précédemment.

[168] L'importance de cette erreur a été accentuée par le fait que la contradiction allait au cœur de l'acte d'accusation : la question de savoir qui avait l'arme à feu en sa possession. Il importe de rappeler que la seule preuve au procès qui liait M. Samaniego à la possession de l'arme était le témoignage du gardien de sécurité. Bien qu'il n'existe aucune interdiction absolue d'appliquer la disposition réparatrice dans des affaires dont l'issue repose principalement sur la crédibilité, le fardeau de la Couronne est particulièrement lourd dans ces cas. En pareilles circonstances, un tribunal d'appel doit user d'encore plus de prudence avant d'appliquer la disposition réparatrice : *R. c. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149, par. 32; *R. c. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54, par. 9; *R. c. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39, par. 97.

[169] In *Lyttle*, this Court held that unwarranted interference with an accused's cross-examination of a principal Crown witness could not be classified as a harmless error when the credibility of the Crown witness was a central issue at trial. At paras. 69-70, Major and Fish JJ. approvingly quoted two court of appeal decisions that underscored why the curative proviso was inapplicable in the circumstances. This passage remains applicable to the circumstances in this appeal:

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. [Text in brackets in original.]

[170] Our colleague suggests that this Court's application of the curative proviso in *R.V.* justifies its application here. We disagree. While *R.V.* demonstrates that there is no categorical rule preventing the application of the proviso when a trial judge erroneously interferes with cross-examination, *R.V.* also stresses that "[b]ecause it is difficult to predict what lines of questioning counsel might pursue and what

[169] Dans l'arrêt *Lyttle*, notre Cour a statué que l'interférence injustifiée dans le contre-interrogatoire par l'accusé d'un témoin principal de la Couronne ne pouvait être qualifiée d'erreur inoffensive lorsque la crédibilité dudit témoin était centrale au procès. Aux paragraphes 69-70, les juges Major et Fish ont cité, en les approuvant, deux arrêts de juridictions d'appel soulignant pourquoi la disposition réparatrice était inapplicable dans les circonstances. Ce passage demeure applicable aux circonstances du présent pourvoi :

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. [Texte entre crochets dans l'original.]

[170] Notre collègue suggère que l'application par notre Cour de la disposition réparatrice dans l'arrêt *R.V.* justifie son application en l'espèce. Nous sommes en désaccord. Bien que l'arrêt *R.V.* démontre qu'il n'existe aucune règle catégorique empêchant l'application de cette disposition lorsque le juge du procès interfère à tort dans un contre-interrogatoire, il est également mentionné dans *R.V.* que « [p]arce qu'il est difficile de

evidence may have emerged had cross-examination been permitted, a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial”: para. 86 (emphasis added). Our colleague’s approach effectively reads this direction out of *R.V.* The use of the proviso in *R.V.* should be seen as extraordinary and only justified on the unique facts of that case. In particular, three features distinguish it from this one.

[171] First, in *R.V.*, the proposed cross-examination was highly constrained by s. 276 of the *Criminal Code* because it explored the complainant’s sexual history. This line of cross-examination therefore would have been “tightly controlled” in any event: para. 88. The same was not true for Mr. Samaniego’s cross-examination. He was entitled to fully explore the security guard’s prior inconsistent statement about who dropped and picked up the gun without constraint.

[172] Second, while *R.V.* was improperly constrained in his cross-examination, he was ultimately allowed to explore all the substantive points he wanted to pursue on cross-examination. The majority therefore concluded that “the scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred”: para. 96 (emphasis added). At this Court, “counsel for *R.V.* candidly admitted that nothing prevented the defence from further probing the complainant’s testimony about when she began seeing her boyfriend or her motive to lie”: para. 98 (emphasis added). Mr. Samaniego, on the other hand, was denied *altogether* any opportunity to probe the inconsistency in the security guard’s testimony. The trial judge also ensured that the only question Mr. Samaniego’s counsel asked played no role in the jury’s deliberation by instructing the jury to “completely disregar[d]” the testimonial inconsistency.

savoir quelles questions l’avocat aurait posées et quelle preuve serait ressortie si un contre-interrogatoire avait été autorisé, le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue d’un nouveau procès » : par. 86 (nous soulignons). L’approche de notre collègue se trouve effectivement à retrancher cette directive de l’arrêt *R.V.* Le recours à la disposition réparatrice dans *R.V.* devrait être considéré comme extraordinaire et comme ne se justifiant qu’en raison des faits particuliers de l’affaire. En particulier, trois caractéristiques permettent de distinguer celle-ci de l’espèce.

[171] Premièrement, dans *R.V.*, le contre-interrogatoire proposé était fortement entravé par l’art. 276 du *Code criminel* en ce qu’il portait sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Cette avenue de contre-interrogatoire aurait donc été « rigoureusement contrôlé[e] » de toute façon : par. 88. On ne peut en dire autant du contre-interrogatoire de M. Samaniego. Il lui était loisible d’explorer à fond et sans contrainte la déclaration antérieure incompatible du gardien de sécurité à propos de l’identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l’arme à feu.

[172] Deuxièmement, bien qu’il ait été indûment entravé dans son contre-interrogatoire, *R.V.* a fini par être autorisé à explorer toutes les questions de fond qu’il voulait examiner en contre-interrogatoire. Les juges majoritaires ont donc conclu que « la portée d’un contre-interrogatoire admissible n’aurait pas été plus large que l’interrogatoire qui a effectivement eu lieu » : par. 96 (nous soulignons). Devant la Cour, « le procureur de *R.V.* a admis candidement que rien n’empêchait la défense d’examiner de manière plus approfondie le témoignage de la plaignante quant au moment où elle a commencé à fréquenter son copain ou à son mobile pour mentir » : par. 98 (nous soulignons). En revanche, M. Samaniego s’est vu refuser *complètement* toute occasion de poser des questions sur la contradiction dans le témoignage du gardien de sécurité. De plus, la juge du procès a fait en sorte que la seule question qu’a posée l’avocate de M. Samaniego ne joue aucun rôle dans les délibérations du jury en émettant à ce dernier la directive de [TRADUCTION] « faire complètement abstraction » de la contradiction dans le témoignage.

[173] Third, the proposed cross-examination in *R. V.* had less probative value than Mr. Samaniego's. In *R. V.*, the cross-examination was only intended to show that the complainant was lying about the sexual assault to cover up an unexpected pregnancy with her boyfriend (or another partner). If the trier of fact rejected that defence theory, the cross-examination had no further value. In this case, however, the cross-examination's relevancy was twofold. It supported the main defence theory (that the security guard was willing to lie to protect Mr. Serrano) and it independently undermined the security guard's credibility by providing a clear example of prior inconsistent testimony. Accordingly, unlike in *R. V.*, Mr. Samaniego's cross-examination had relevancy even if the trier of fact rejected the defence's theory of the case, as the jury could have used this inconsistency to conclude that the security guard was an unreliable witness.

[174] *R. V.* is therefore distinguishable. If the trier of fact had any reasonable doubt about the veracity of the security guard's testimony that Mr. Samaniego was at some point in possession of the gun, Mr. Samaniego was entitled to an acquittal. Any inconsistency in the security guard's testimony was therefore highly relevant to the trial. An inconsistency going to who had the gun, however, was the most important type of testimonial inconsistency that defence counsel could hope to explore. This is especially so given the facts of this case, as the security guard's initial unwillingness to incriminate his friend at the preliminary inquiry until he was confronted with a contradictory police statement buttressed Mr. Samaniego's central defence theory.

[175] Contrary to our colleague's assertions, the security guard's account of who dropped and picked up the gun did not serve to incriminate Mr. Serrano at "every step of the way": majority reasons, at para. 73. Despite being "good friends" with Mr. Serrano for 10 years, the security guard did not identify Mr. Serrano by name in the police statement, instead referring to him only as the "second guy with [the]

[173] Troisièmement, le contre-interrogatoire proposé dans *R. V.* avait une valeur probante moindre que celui de M. Samaniego. Dans *R. V.*, le contre-interrogatoire ne visait qu'à établir que la plaignante mentait à propos de l'agression sexuelle afin de dissimuler une grossesse inattendue avec son copain (ou un autre partenaire). Si le juge des faits rejetait cette thèse de la défense, le contre-interrogatoire n'avait plus de valeur. En l'espèce, cependant, le contre-interrogatoire était pertinent à deux égards. Il étayait la principale thèse de la défense (que le gardien de sécurité était disposé à mentir pour protéger M. Serrano) et il minait de façon indépendante la crédibilité du gardien de sécurité en donnant un exemple clair de témoignage antérieur incompatible. Par conséquent, le contre-interrogatoire de M. Samaniego, contrairement à celui dans *R. V.*, était pertinent même si le juge des faits rejetait la thèse de la défense, car le jury aurait pu se servir de cette contradiction pour conclure que le gardien de sécurité n'était pas un témoin fiable.

[174] Une distinction s'impose donc entre le présent pourvoi et *R. V.* Si le juge des faits avait un doute raisonnable quant à la véracité du témoignage du gardien de sécurité selon lequel M. Samaniego s'était à un certain moment trouvé en possession de l'arme à feu, ce dernier avait droit à l'acquiescement. Toute contradiction dans le témoignage du gardien de sécurité revêtait donc une grande importance pour l'issue du procès. Toutefois, une contradiction quant à l'identité de la personne qui possédait l'arme constituait la plus importante contradiction que l'avocate de la défense pouvait espérer explorer. Cela est d'autant plus vrai compte tenu des faits de l'espèce, car la réticence initiale du gardien de sécurité à incriminer son ami à l'enquête préliminaire, et ce, jusqu'à ce qu'il soit confronté à une déclaration contradictoire à la police, étayait la thèse principale de la défense de M. Samaniego.

[175] Contrairement à ce qu'affirme notre collègue, le récit du gardien de sécurité quant à l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu n'a pas servi à incriminer M. Serrano à « chaque étape du processus » : motifs majoritaires, par. 73. Même si M. Serrano et lui étaient « bons amis » depuis 10 ans, le gardien de sécurité n'a pas nommé identifié M. Serrano dans sa déclaration à la police, le

baseball hat”: R.R., vol. I, at p. 3. This vague description of Mr. Serrano continued throughout the preliminary inquiry. Further, after the police statement was admitted and identity was conceded, the security guard’s testimony consistently painted Mr. Serrano in a favourable light. At trial, the security guard testified that Mr. Serrano was a friend who de-escalated a dangerous situation caused by Mr. Samaniego bringing the gun to the nightclub. For example, the security guard agreed with Mr. Serrano’s counsel that before he picked up the gun, Mr. Serrano looked at him in a non-aggressive and non-intimidating way, conveying to him that everything was going to be okay. We therefore cannot agree with the assertion that the trial judge’s error was insignificant because the security guard was plainly willing to incriminate Mr. Serrano at every step.

[176] Although the majority at the Court of Appeal did not discuss the potential application of the curative proviso, they held that, even if the trial judge did err in restricting cross-examination on the security guard’s preliminary inquiry testimony about who dropped and picked up the gun, the trial was not rendered unfair. The majority at the Court of Appeal emphasized that there was no unfairness because (1) Mr. Samaniego’s counsel framed her questions as going to memory and the refusal of the security guard to identify who dropped the gun, (2) the trial judge was concerned about the suggestion that the security guard’s testimony at the preliminary inquiry did not include the police statement, and (3) Mr. Samaniego’s counsel fully explored various inconsistencies in the security guard’s evidence and the suggestion that his testimony was tailored to benefit the co-accused. With respect, none of these factors, on their own or in combination, would justify the application of the curative proviso in these circumstances.

[177] First, as Paciocco J.A. correctly highlighted in dissent, it is clear that Mr. Samaniego’s counsel

désignant plutôt comme le [TRADUCTION] « deuxième type avec la casquette de baseball » : d.i., vol. I, p. 3. Cette vague description de M. Serrano s’est poursuivie tout au long de l’enquête préliminaire. De plus, une fois la déclaration à la police admise et l’identité de l’homme concédée, le témoignage du gardien de sécurité a toujours présenté M. Serrano sous un jour favorable. Au procès, le gardien de sécurité a témoigné que M. Serrano était un ami qui avait désamorcé une situation dangereuse causée par le fait que M. Samaniego avait apporté l’arme à la boîte de nuit. Par exemple, il était d’accord avec l’avocate de M. Serrano pour dire qu’avant d’avoir ramassé l’arme, M. Serrano l’avait regardé d’une façon non agressive et non intimidante, lui faisant comprendre que tout allait bien aller. Nous ne pouvons donc pas souscrire à l’affirmation selon laquelle l’erreur commise par la juge du procès était sans importance du fait que le gardien de sécurité était manifestement disposé à incriminer M. Serrano à chaque étape.

[176] Bien qu’elles ne se soient pas penchées sur l’application possible de la disposition réparatrice, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont statué que, même si la juge du procès avait effectivement eu tort de restreindre le contre-interrogatoire sur le témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire à propos à l’identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l’arme à feu, cela n’avait pas rendu le procès inéquitable. Ces juges ont souligné qu’il n’y avait aucune iniquité parce que (1) l’avocate de M. Samaniego avait formulé ses questions comme se rapportant à la mémoire et au refus du gardien de sécurité d’identifier la personne qui avait laissé tomber l’arme, (2) la juge du procès s’était souciee de la prétention selon laquelle le témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire n’incluait pas la déclaration à la police et (3) l’avocate de M. Samaniego avait exploré à fond les diverses contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité et l’affirmation selon laquelle ce témoignage avait été conçu pour profiter au coaccusé. En toute déférence, aucun de ces facteurs, pris isolément ou en combinaison avec d’autres, ne justifierait l’application de la disposition réparatrice en l’espèce.

[177] En premier lieu, comme l’a souligné, à bon droit, le juge Paciocco dans sa dissidence, il est clair

was challenging the credibility of the security guard. This is evident from the defence’s theory of the case — the security guard was lying to protect his friend. It is also evident from the initial question that drew the objection, in which Mr. Samaniego’s counsel asked the security guard: “. . . why did you not tell what you’re telling us today or yesterday?” Finally, it is evident from counsel’s response to the trial judge’s questions, where she explained that the question was relevant because it showed that the security guard “refused to identify the — who the person who dropped the gun but now he’s able to recall directly”. Mr. Samaniego’s counsel only framed her challenge in terms of memory after the trial judge ruled that “[t]he decision was made at the preliminary inquiry that he couldn’t remember. . . . [Y]ou can’t go back to what preceded this *voir dire* ruling”: R.R., vol. III, at pp. 60–61. Accordingly, this error cannot be characterized as harmless due to the way defence counsel framed the question. The prior inconsistent testimony was clearly being proffered to undermine the credibility of the security guard.

[178] Second, as explained above, the trial judge’s concern that the initial question to the security guard was unfair did not justify or mitigate the significant curtailment of Mr. Samaniego’s cross-examination of the key Crown witness. The trial judge had a number of options to deal with what she viewed as a potentially misleading question, none of which required preventing defence counsel from entirely pursuing this line of questioning.

[179] Third, the notion that this error was harmless because Mr. Samaniego was able to effectively put his theory of the case to the jury fundamentally misunderstands and degrades the constitutionally protected right to make full answer and defence. The right to full answer and defence entails more than simply the right to put one’s position before

que l’avocate de M. Samaniego tentait de miner la crédibilité du gardien de sécurité. C’est ce qui ressort de la thèse de la défense en l’espèce — le gardien de sécurité mentait afin de protéger son ami. C’est ce qui ressort également de la question initiale qui a suscité l’objection, où l’avocate de M. Samaniego a demandé au gardien de sécurité : [TRADUCTION] « . . . pourquoi n’avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd’hui ou ce que vous nous avez dit hier? » Enfin, c’est ce qui ressort de la réponse de l’avocate aux questions de la juge du procès, lorsqu’elle lui a expliqué que la question était pertinente parce qu’elle démontrait que le gardien de sécurité avait [TRADUCTION] « refusé d’identifier le — la personne qui avait laissé tomber l’arme à feu, mais que maintenant, il pouvait s’en rappeler immédiatement ». L’avocate de M. Samaniego n’a formulé sa contestation comme se rapportant à la mémoire qu’après que la juge du procès a statué [TRADUCTION] « [qu’i]l a été décidé à l’enquête préliminaire qu’il ne s’en rappelait plus. [. . .] [V]ous ne pouvez pas revenir sur ce qui a précédé la décision sur le *voir-dire* » : d.i., vol. III, p. 60–61. Par conséquent, cette erreur ne saurait être qualifiée d’inoffensive en raison de la façon dont l’avocate de la défense a formulé la question. Il est clair que le témoignage antérieur incompatible a été présenté pour miner la crédibilité du gardien de sécurité.

[178] En deuxième lieu, comme nous l’avons expliqué précédemment, la crainte de la juge du procès que la question initiale au gardien de sécurité soit injuste ne justifiait pas ni n’atténuait la restriction importante apportée au contre-interrogatoire du témoin clé de la Couronne mené par l’avocate de M. Samaniego. La juge du procès disposait de plusieurs moyens de traiter de ce qu’elle considérait être une question susceptible d’induire en erreur, mais aucun n’exigeait d’empêcher complètement l’avocate de la défense de poursuivre cette ligne de questions.

[179] En troisième lieu, l’idée selon laquelle cette erreur était inoffensive parce que M. Samaniego a été en mesure de présenter sa thèse au jury constitue une interprétation fondamentalement erronée du droit constitutionnel à une défense pleine et entière et dégrade aussi fondamentalement celui-ci. Ce droit ne se limite pas au droit de présenter sa thèse au jury — il

the jury — it entails the right to marshal all relevant and material evidence not subject to an exclusionary rule and whose probative value is not substantially outweighed by its prejudicial effect. In *Seaboyer*, McLachlin J. explained: “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” (p. 608 (emphasis added)).

[180] The unfairness flowing from the trial judge’s erroneous ruling was also not minimized by the fact that Mr. Samaniego could explore other inconsistencies in the security guard’s testimony and generally allude to the security guard’s motive to lie. As Paciocco J.A. noted, “[t]here is a world of difference between establishing a relationship that could bias a witness and presenting evidence capable of satisfying jurors that the witness may have given biased testimony in the same proceedings in favour of his friend”: para. 99.

[181] Finally, the potential impact of the trial judge’s error was compounded by her mid-trial charge to the jury, which was repeated in the final charge to the jury. The trial judge instructed the jury that “any reference” to the alleged inconsistency must be “completely disregarded” and “must have no part in your consideration or deliberation about this case”. Accordingly, not only did the trial judge unduly preclude defence counsel from cross-examining the security guard on the prior inconsistent statement, her charge also negated any potential impact that the earlier cross-examination on this issue could have had in undermining the security guard’s credibility.

[182] In sum, the trial judge’s error cannot be characterized as harmless. Our colleague emphasizes that our reasons focus only on one issue. Indeed, we do not believe it is necessary to address the other

comprend également le droit de rassembler tous les éléments de preuve pertinents et substantiels qui ne font pas l’objet d’une règle d’exclusion et dont l’effet préjudiciable ne l’emporte pas substantiellement sur leur valeur probante. Dans l’arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin expliquait que « [l]e 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 » : p. 608 (nous soulignons).

[180] L’iniquité découlant de la décision erronée de la juge du procès n’a pas non plus été minimisée par le fait que M. Samaniego pouvait explorer d’autres contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité et pouvait également faire allusion aux raisons qu’avait le gardien de sécurité de mentir. Comme l’a souligné le juge Paciocco, [TRADUCTION] « [i]l y a une énorme différence entre établir une relation susceptible de faire en sorte qu’un témoin soit partial et présenter une preuve capable de convaincre les jurés que le témoin a pu livrer un témoignage partial au cours de la même instance, en faveur de son ami » : par. 99.

[181] Enfin, l’incidence possible de l’erreur de la juge du procès a été accentuée par sa directive de mi-procès au jury, laquelle a été répétée dans son exposé final à celui-ci. La juge a donné la directive au jury de [TRADUCTION] « faire complètement abstraction » et de « ne tenir aucunement compte dans votre examen ou vos délibérations en l’espèce de toute mention » de la contradiction reprochée. Par conséquent, non seulement la juge du procès a indûment empêché l’avocate de la défense de contre-interroger le gardien de sécurité sur sa déclaration antérieure incompatible, mais en plus elle a donné comme directive au jury d’écarter toute incidence possible que le contre-interrogatoire antérieur sur cette question aurait pu avoir pour miner la crédibilité du gardien de sécurité.

[182] En somme, l’erreur de la juge du procès ne saurait être qualifiée d’inoffensive. Notre collègue souligne que nos motifs ne portent que sur une seule question. De fait, nous ne croyons pas qu’il soit

impugned rulings in light of the seriousness and central importance to trial fairness of the legal error that we have highlighted.

[183] In our view, our colleague’s reliance on *R.V.* is misguided. It warrants repetition that cross-examination is central to the truth-seeking function, which is why this Court stressed in *R.V.* that “a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial”. Given this general rule, the application of the curative proviso in *R.V.* must be seen as extraordinary and only justified on the unique circumstances of that case. To the extent that the curative proviso can be applied more generally where cross-examination has been curtailed contrary to the rules of evidence, this is a matter of considerable concern. While the right to cross-examination is not unlimited, any such limitations should be confined to carefully defined circumstances where there is a sufficient countervailing consideration to justify the limitation. Only in rare and exceptional circumstances can unwarranted interference with cross-examination be appropriately categorized as a harmless error. In the circumstances of this case, the error cannot be said to be harmless.

[184] Similarly, the trial judge’s error cannot be justified under the second branch of the curative proviso. The evidence was far from overwhelming — the only evidence linking Mr. Samaniego to possession of the gun was the testimony of one witness who had a motive to lie and whose testimony at trial about who he saw drop the gun was, at times, manifestly inconsistent with his testimony at the preliminary inquiry. In light of the foregoing, the application of the curative proviso is inappropriate in the circumstances of this case.

VII. Conclusion

[185] For the foregoing reasons, we would allow the appeal, set aside the conviction, and order a new trial.

nécessaire d’examiner les autres décisions contestées vu la gravité et l’importance capitale, à l’égard de l’équité du procès, que revêt l’erreur de droit que nous avons mise en évidence.

[183] À notre avis, notre collègue a tort de s’appuyer sur l’arrêt *R.V.* Il convient de rappeler que le contre-interrogatoire est au cœur même de la fonction de recherche de la vérité, ce qui explique pourquoi notre Cour a souligné dans *R.V.* que « le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue d’un nouveau procès ». Vu cette règle générale, l’application de la disposition réparatrice dans *R.V.* doit être considérée comme extraordinaire et comme ne se justifiant qu’en raison des circonstances particulières de l’affaire. Il y a lieu de s’inquiéter considérablement si la disposition réparatrice peut être appliquée plus généralement dans le cas où le contre-interrogatoire a été restreint en contravention des règles de preuve. Bien que le droit de contre-interroger ne soit pas illimité, toute restriction à celui-ci devrait se limiter à des circonstances soigneusement définies où il existe une considération qui fait suffisamment contrepoids pour justifier la restriction. Ce n’est qu’en des circonstances rares et exceptionnelles qu’une interférence injustifiée dans le contre-interrogatoire peut, à bon droit, être qualifiée d’erreur inoffensive. Dans les circonstances de l’espèce, l’erreur ne saurait être considérée comme telle.

[184] De même, l’erreur de la juge du procès ne saurait être justifiée au regard du second volet de la disposition réparatrice. La preuve était loin d’être accablante — la seule preuve liant M. Samaniego à la possession de l’arme à feu était le témoignage d’une personne qui avait des raisons de mentir et dont le témoignage au procès à propos de l’identité de la personne qu’elle avait vue laisser tomber l’arme était, parfois, manifestement incompatible avec sa déposition à l’enquête préliminaire. Vu ce qui précède, il ne convient pas d’appliquer la disposition réparatrice dans les circonstances de ce dossier.

VII. Conclusion

[185] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Appeal dismissed, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross & Angelini, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Pourvoi rejeté, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross & Angelini, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante : Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.