

Murray John Howard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HOWARD

File No.: 19982.

1988: May 19; 1989: May 18.

Present: McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Expert opinion — Testing of expert evidence — Opinion as to footprints — Expert for defence to testify that footprints not those of co-accused — Co-accused pleading guilty and statement of facts indicating that footprints those of co-accused — Evidence of co-accused's plea not admissible — Whether or not trial judge should permit question to expert querying if opinion would have been influenced by statement relating to co-accused.

Appellant and a co-accused had been tried jointly by judge sitting with jury and found guilty of first degree murder. The Court of Appeal found that the trial judge had erred in some respects and ordered a new trial. The co-accused, however, pleaded guilty to second degree murder prior to the second trial. The facts of the case were read and the Crown, while giving no explicit account of co-accused's presence at the scene of the crime, stated the footprints near the victim's body had been made by the co-accused's shoes. At the first trial, both the Crown and defence called experts on footprints to seek to establish or disprove respectively that the footprints found by the body of the victim were made by the co-accused. At the second trial, the Crown experts again testified in similar terms. Before the defence expert was to testify, however, the Crown sought and was granted permission to ask him whether or not the fact that the co-accused had subsequently pleaded guilty to the murder and had accepted a statement of facts that put him at the scene of the crime would change his opinion as given at the first trial. The defence accordingly chose not to call its footprint expert. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal from conviction and his appeal in this Court was by leave. The issues before this Court were: (1) whether or not Crown counsel was

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Murray John Howard *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. HOWARD

N° du greffe: 19982.

1988: 19 mai; 1989: 18 mai.

b

Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

c

Preuve — Opinion d'expert — Vérification du témoignage d'un expert — Opinion relativement à des empreintes de pieds — Expert de la défense appelé à témoigner que les empreintes de pieds n'étaient pas celles du coaccusé — Le coaccusé a plaidé coupable et l'exposé des faits indiquait que les empreintes de pieds étaient celles du coaccusé — La preuve du plaidoyer du coaccusé n'est pas recevable — Le juge de première instance devait-il permettre qu'on demande à l'expert si une déclaration relative au coaccusé aurait influé sur son opinion?

e

f

g

h

i

j

L'appelant et un coaccusé ont été jugés ensemble par un juge et un jury et reconnus coupables de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis des erreurs et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le coaccusé a toutefois plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré avant le second procès. On a fait lecture des faits de l'affaire et le ministère public, sans mentionner expressément la présence du coaccusé sur les lieux du crime, a déclaré que les empreintes de pieds relevées près du corps de la victime avaient été faites par les chaussures du coaccusé. Au premier procès, le ministère public et la défense ont toutes deux cité des experts en empreintes de pieds afin d'établir ou de réfuter selon le cas que les empreintes de pieds relevées près du corps de la victime étaient celles du coaccusé. Au deuxième procès, les experts de la poursuite ont témoigné de nouveau de la même façon. Avant que l'expert de la défense témoigne, le ministère public a sollicité et obtenu l'autorisation de lui demander si le fait que le coaccusé avait par la suite plaidé coupable à l'accusation de meurtre et avait accepté un exposé des faits selon lequel il était sur les lieux du crime modifierait l'opinion qu'il avait exprimée au premier procès. La défense a choisi par conséquent de ne pas faire témoigner son

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

entitled to refer to the guilty plea entered by the co-accused in the cross-examination of the expert witness for the defence; (2) whether or not the charge was adequate with respect to planning and deliberation; (3) whether or not the verdict of first degree murder was unreasonable; (4) whether or not the trial judge adequately put forward the defence theory.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: Only the first issue needed be addressed. The fact that the co-accused had pleaded guilty and had acknowledged the footprint as his was not a fact adduced, or intended to be adduced, in evidence when the Crown sought to put the question. The examiner or cross-examiner cannot put as a fact, or even a hypothetical fact, what is not and will not become part of the case as admissible evidence. The Crown's proposed question should have been denied on this ground alone.

An expert cannot take into account facts that are not subject to his professional expert assessment as they are irrelevant to his expert assessment. *A fortiori*, the expert should not be told of and asked to take into account a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to scientifically determine as that could inject bias into the application of his expertise. A cross-examination may be conducted to determine whether what the expert considered was relevant, whether there were matters relevant that were not considered; and whether the expert might have arrived at his conclusion as a result of considerations irrelevant to his particular expertise. It is not relevant to the validity of his opinion, however, that the expert had not considered an irrelevant matter. The proposed cross-examination would establish no more than that he had not considered an irrelevant matter and therefore would not impugn the validity of his opinion.

At the next trial, if the Crown should choose to call the co-accused to testify to the facts that would tend to prove that the conclusions of the defence expert wrong, these facts are for the consideration of the jury and not of the defence expert, except perhaps for the very limited purpose of testing with the expert the degree of certainty to be given to his conclusions.

expert. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant contre la déclaration de culpabilité, et l'appelant se pourvoit devant cette Cour sur autorisation. Les questions que doit trancher cette Cour sont de savoir: (1) si l'avocat du ministère public avait le droit de parler du plaidoyer de culpabilité du coaccusé au cours du contre-interrogatoire du témoin expert de la défense; (2) si l'exposé au jury était correct en ce qui a trait à la préméditation; (3) si le verdict de meurtre au premier degré était raisonnable; (4) si le juge de première instance a présenté correctement la thèse de la défense.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges McIntyre, Lamer et La Forest: Seule la première question doit être tranchée. Le fait que le coaccusé avait plaidé coupable et avait reconnu que les empreintes de pieds étaient les siennes ne constituait pas, ou n'était pas sur le point de devenir, un fait présenté en preuve lorsque le ministère public a tenté de poser la question. Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ou même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. La question que le ministère public projetait de poser aurait dû être refusée pour ce seul motif.

Un expert ne peut pas tenir compte de faits qui ne sont pas soumis à son expertise professionnelle, car ils ne sont pas pertinents en ce qui concerne son examen d'expert. *A fortiori*, on ne devrait pas communiquer à l'expert ni lui demander de prendre en considération un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'établir scientifiquement car cela fausserait l'application de ses connaissances d'expert. On peut procéder à un contre-interrogatoire dans le but de déterminer si ce dont l'expert a tenu compte était pertinent, s'il y a des points pertinents qui n'ont pas été pris en considération et si l'expert aurait pu arriver à sa conclusion en raison de considérations qui ne se rapportent pas à son domaine d'expertise particulier. N'est pas pertinent cependant, quant à la validité de son opinion, le fait que l'expert n'ait pas pris en considération un point non pertinent. Le contre-interrogatoire projeté établirait au plus qu'il n'a pas pris en considération un point non pertinent et donc n'attaquerait pas la validité de son opinion.

Dans le cadre du nouveau procès, si le ministère public devait décider d'appeler le coaccusé à témoigner sur des faits qui tendraient à prouver que les conclusions de l'expert de la défense sont erronées, ces faits devraient être soumis à l'examen du jury et non pas à celui de l'expert de la défense, sauf peut-être dans le but très limité de vérifier avec l'expert le degré de certitude à donner à la science au sujet de laquelle il a témoigné.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The trial judge enjoys some measure of discretion in controlling cross-examination which, in the case of expert testimony, involves certain special considerations. Experts are mainly called to give their opinion, which may be based in whole or in part upon facts not otherwise admissible as evidence at trial. The underpinnings of an expert opinion are thus generally admissible as going to the expert's credibility. It does not follow, however, that when the expert discloses these underlying facts they are proven or must otherwise be taken as representing the truth. It is the duty of the trial judge to give directions to the jury on this point.

If the cross-examination were to be limited to the facts which will "become part of the case as admissible evidence", then it would become all but impossible to cross-examine an expert witness as to the basis of his opinion. Such an inflexible approach is not warranted. The greater latitude allowed to an expert in examination-in-chief involves a correlative latitude in cross-examination as to the basis of the expert's opinion.

The charge was adequate with respect to planning and deliberation. The trial judge did not err when he instructed the jury to rely on the evidence that the murder was intentional on the part of the co-accused in order to find planning and deliberation on the part of the appellant. Much of the evidence of planning and deliberation overlapped with the evidence of intent on the part of the co-accused. The trial judge was not under a duty to repeat all the specific elements of evidence already outlined in connection with his instructions relating to aiding and abetting. The charge left no room for any possibility that the jury could have found first degree murder on something less than planning and deliberation with respect to murder, i.e., planning and deliberation with respect to robbery. The trial judge's instructions with respect to the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation were sound. The trial judge properly instructed the jury that the accused's drunkenness fell short of incapacity to form the intent to kill and so negated planning and deliberation. He was not required to instruct them further that the accused may have acted impulsively because of alcohol consumption and there was little likelihood that a reasonable jury would have reached such a conclusion.

Appellant did not discharge the burden of proving that the verdict was not one that a properly instructed jury, acting judicially, could have rendered.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le juge de première instance a un certain pouvoir discrétionnaire dans la conduite d'un contre-interrogatoire et, dans le cas d'un témoignage d'expert, certaines considérations spéciales interviennent. Les experts sont principalement appelés à donner une opinion qui peut se fonder en totalité ou en partie sur des faits qui par ailleurs ne seraient pas recevables comme éléments de preuve au procès. Les circonstances sous-tendant l'opinion de l'expert sont donc généralement admissibles car elles concernent la crédibilité de l'expert. Cela ne veut pas dire toutefois que les faits sous-jacents sont nécessairement prouvés ou doivent autrement être considérés comme véridiques. Il est du devoir du juge du procès de donner des directives au jury sur ce point.

Si le contre-interrogatoire devait se limiter aux faits qui feront «partie des éléments admissibles et mis en preuve», il serait presque impossible de contre-interroger un témoin expert sur le fondement de son opinion. Une approche aussi inflexible n'est pas justifiée. À la plus grande latitude dont dispose un expert durant l'interrogatoire principal, doit correspondre une latitude équivalente en contre-interrogatoire en ce qui concerne le fondement de l'opinion de l'expert.

L'exposé au jury était correct en ce qui concerne la préméditation. Le juge du procès n'a pas fait erreur en donnant comme directive au jury de se fonder sur la preuve selon laquelle le meurtre était intentionnel de la part du coaccusé pour conclure à la préméditation de la part de l'appellant. Une large part de la preuve concernant la préméditation recoupait la preuve relative à l'intention de la part du coaccusé. Le juge du procès n'était pas tenu de répéter tous les éléments de preuve déjà exposés dans les directives concernant la complicité. L'exposé ne laissait à un jury raisonnable aucune possibilité de conclure à un meurtre au premier degré s'il y avait moins que préméditation relative au meurtre, c'est-à-dire préméditation relative au vol. Les directives du juge du procès quant à l'importance de la consommation de boissons alcooliques en liaison avec la préméditation étaient judicieuses. Le juge a donné de bonnes directives au jury en indiquant que l'état d'ivresse de l'accusé n'allait pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer et neutralisait ainsi la préméditation. Il n'était pas obligé de signaler que l'accusé avait pu agir de façon compulsive en raison de la consommation d'alcool et il était peu vraisemblable qu'un jury raisonnable eût abouti à une telle conclusion.

L'appellant ne s'est pas acquitté de la charge de prouver que le verdict n'était pas l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit de façon judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

The trial judge reviewed in great detail the evidence given by the accused and the theory and evidence of the accused were adequately put to the jury.

Cases Cited

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834; *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (1976); *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Bleta v. The Queen, [1964] S.C.R. 561; *R. v. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 29 C.C.C. (3d) 544, dismissing an appeal from a conviction by Craig J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Chris Paliare and Janet Mosher, for the appellant.

Michael F. Brown, for the respondent.

The judgment of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The appellant Howard was indicted and convicted by a jury of the first degree murder of a taxi driver near London, Ontario. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed and is now in appeal in this Court pursuant to leave. He raises four grounds of appeal. As one of those grounds should in my view succeed and there need not be a determination of the others, I shall limit my narration of the facts in evidence and my summary of the proceedings below to what is necessary to that ground only.

Le juge du procès a examiné en détail la preuve présentée par l'accusé, et la thèse et la preuve de la défense ont été exposées correctement au jury.

Jurisprudence

a

Citée par le juge Lamer

Arrêts cités: *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834; *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (1976); *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

b

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

c

Bleta v. The Queen, [1964] R.C.S. 561; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

d

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 29 C.C.C. (3d) 544, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Craig et un jury. Le pourvoi est accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

f

Chris Paliare et Janet Mosher, pour l'appellant.

Michael F. Brown, pour l'intimée.

g

Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

h

LE JUGE LAMER—L'appellant Howard a été accusé et reconnu coupable par un jury du meurtre au premier degré d'un chauffeur de taxi, près de London (Ontario). Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté et le présent pourvoi est interjeté sur autorisation. L'appellant fait valoir quatre moyens d'appel. Étant donné que, selon moi, il y a lieu d'admettre un de ces moyens et qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les autres, je m'en tiendrai, dans la relation des faits soumis en preuve et dans le résumé des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure, à ce qui est requis pour ce moyen seulement.

j

The Facts

On Saturday, October 20, 1979, an abandoned About Town station wagon taxi was found in a field southwest of London, Ontario, near the town of Lambeth. The bludgeoned body of the driver was found a day later about five miles away. Near the driver's body was the murder weapon, a short steel stake from a construction site. The driver's wallet was not found until April, 1980 at a third location about 2.4 miles from where the body was found. The wallet contained no money, although it was estimated that the driver would have collected about \$95 in fares during the shift.

On Friday, October 19, the appellant and his co-accused Trudel were drinking in the Brunswick Hotel from 7:00 p.m. until 1:30 a.m. Saturday. While there they met a couple named Frank and Nancy Katool. Frank Katool was a contractor who offered the appellant employment as a labourer. He wrote out his name, address and phone number and told the appellant to call him "tomorrow or some time or other". Frank Katool stated in evidence that he did not invite the appellant back to his house nor did he expect the appellant to phone him that night. Nancy Katool gave the appellant directions to their home, which was in north London, but stated that she did not invite the appellant or Trudel to their home that night, and likewise did not expect them to attend. The Katools lived on Sharon Drive in north London, but there was also a Sharon Road southwest of London, near Lambeth.

The Katools went home to bed about 1:00 or 2:00 a.m. and at some point after that but before 5:00 a.m. received a phone call from the appellant asking if the job offer was serious. The appellant was told to call back in the morning.

During the evening of drinking at the Brunswick Hotel the appellant had asked another patron who was an acquaintance for a ride home, but had subsequently stated that he no longer needed a ride as he had something else to do. After the Hotel stopped serving alcohol, the appellant and

Les faits

Le samedi 20 octobre 1979, une voiture de taxi familiale de la compagnie About Town a été trouvée abandonnée dans un champ, au sud-ouest de London (Ontario), près de la ville de Lambeth. Le corps roué de coups du chauffeur a été retrouvé le lendemain environ cinq milles plus loin. Près du corps du chauffeur, il y avait l'arme du crime, un court piquet d'acier provenant d'un chantier de construction. Le portefeuille du chauffeur n'a été retrouvé qu'en avril 1980 dans un troisième endroit situé à environ 2,4 milles de celui où a été trouvé le corps. Le portefeuille ne contenait pas d'argent, bien qu'on ait estimé que le chauffeur avait perçu environ 95 \$ pour les courses effectuées durant son quart de travail.

Le vendredi 19 octobre, l'appelant et son co-accusé Trudel ont bu à l'hôtel Brunswick de 19 h à 1 h 30, le samedi matin. Ils y ont rencontré un couple, Frank et Nancy Katool. Frank Katool était entrepreneur et a offert à l'appelant de l'engager comme manœuvre. Il a noté son nom, son adresse et son numéro de téléphone et a dit à l'appelant de lui téléphoner [TRADUCTION] «demain ou un jour ou l'autre». Frank Katool a déclaré en preuve qu'il n'avait pas invité l'appelant chez lui ni ne s'attendait à ce que l'appelant lui téléphone cette nuit-là. Nancy Katool a indiqué à l'appelant comment se rendre chez eux au nord de London, mais elle a déclaré qu'elle n'avait invité ni l'appelant ni Trudel ce soir-là ni ne s'attendait non plus à ce qu'ils viennent. Les Katool demeuraient avenue Sharon, dans le nord de London, mais il existait aussi un chemin Sharon au sud-ouest de London, près de Lambeth.

Les Katool rentrèrent chez eux se coucher vers 1 h ou 2 h et, pendant la nuit, avant 5 h, ils reçurent un appel téléphonique de l'appelant, qui leur demanda si l'offre d'emploi était sérieuse. On l'a invité à rappeler dans la matinée.

Au cours de la soirée passée à boire à l'hôtel Brunswick, l'appelant avait demandé à un autre client qu'il connaissait de le ramener chez lui, mais il avait déclaré par la suite que cela n'était plus nécessaire car il avait autre chose à faire. Après qu'on eut cessé de servir de la boisson à l'hôtel,

Trudel asked the bartender if "the cabdriver would come in" or "... whether they would have to wait outside".

At 2:16 a.m. the deceased cab driver radioed his dispatcher that he had found a fare. He was in the area of the Brunswick Hotel at the time. The deceased did not respond to further radio communication which the dispatcher found unusual. At 2:20 a.m. a witness observed an About Town station wagon taxi in front of the Brunswick Hotel with its fare light off, indicating that it had been hired. In front of the Hotel the City of London had been replacing the sidewalks, and this involved the use of short steel stakes such as the murder weapon. These stakes were left on the construction site during the night of October 19-20. It was established in cross-examination that identical stakes were also in use at various other construction sites across the city.

In the early morning hours of October 20, a resident of the area where the taxicab was later found awoke to see a taxi in his lane way with its lights out. There was a commotion heard, with doors opening and closing and the taxi eventually drove away, in a jerky fashion as if the driver were not used to the vehicle. The spot where the taxi was later found is about 20 to 24 miles from the Brunswick Hotel, and the taxi meter indicated that the cab had travelled about 22 miles during its last trip.

At 4:49 a.m. on October 20, the appellant and Trudel called for a U-Need-A-Cab from a phone booth near Lambeth, Ontario. They asked the driver about a "Shaun" Road, which he was unable to find, so he took them to the premises of a bootlegger at 141 Waterloo Street in London. A resident of 141 Waterloo Street who was an alcoholic and blind in one eye, saw two men arrive in a U-Need-A-Cab and sit in an enclosed veranda drinking beer and dividing a sum of money.

l'appelant et Trudel ont demandé au serveur si [TRADUCTION] «le chauffeur de taxi entrerait» ou «... s'ils devraient l'attendre à l'extérieur».

^a À 2 h 16, le chauffeur de taxi, plus tard victime du crime, a informé par radio le répartiteur qu'il avait un client. Il se trouvait dans les environs de l'hôtel Brunswick à ce moment-là. Il n'a pas répondu à d'autres contacts radio, ce que le répartiteur a trouvé inhabituel. À 2 h 20, un témoin a vu une voiture de taxi familiale de la compagnie About Town devant l'hôtel Brunswick, dôme éteint, ce qui indiquait qu'elle était déjà réservée. ^b La ville de London faisait refaire les trottoirs devant l'hôtel Brunswick, et cela exigeait l'utilisation de courts piquets d'acier du genre de l'arme du crime. Ces piquets avaient été laissés sur le chantier de construction durant la nuit du 19 au 20 ^c octobre. Il fut établi en contre-interrogatoire que des piquets similaires étaient également utilisés sur d'autres chantiers de construction partout dans la ville.

^e Très tôt le matin du 20 octobre, un résident de la région, où l'on a retrouvé le taxi, s'est réveillé et a vu un taxi arrêté, phares éteints, dans son allée. Il entendit du tapage, des portes s'ouvrir et se fermer, puis le taxi démarrer par saccades comme si le conducteur n'était pas habitué au véhicule. ^f L'endroit où le taxi a été retrouvé est situé à environ 20 à 24 milles de l'hôtel Brunswick, et le compteur indiquait que la voiture avait parcouru ^g environ 22 milles durant le dernier voyage.

À 4 h 49 le 20 octobre, l'appelant et Trudel ont demandé un taxi de la compagnie U-Need-A-Cab, d'une cabine téléphonique située près de Lambeth (Ontario). Ils ont demandé au chauffeur de les conduire au chemin «Shaun», qu'il n'a pas pu trouver; il les a alors conduits à un débit de boissons clandestin au 141 de la rue Waterloo, à ⁱ London. Un résident du 141 de la rue Waterloo, qui était alcoolique et borgne, a vu deux hommes arriver dans un taxi de la compagnie U-Need-A-Cab et s'asseoir dans une véranda close pour y ^j boire de la bière et se partager une somme d'argent.

The appellant, a London native, gave a number of statements to the police and also testified at trial. His testimony was consistent with the prior statements. He stated that Nancy Katool included in her directions to her home reference to a restaurant in north London called the Knotty Pine, and a place called Ritchie's. There is a Ritchie's in north London and south London, although not in the town of Lambeth. He testified that he left the Brunswick Hotel after it closed, and that although he was "feeling good" he was under control. He stated that he and Trudel hitchhiked out to Lambeth, and wandered about for some two hours looking for a "Sharon" or "Shaun" Avenue in an attempt to find the Katool residence, because when they were at the Brunswick Hotel Nancy Katool had invited them to drop in for breakfast. They could not find the street despite Lambeth's being at the time a small place with 12 or 13 streets in total and despite having the Katools' name, address and phone number with them. After unsuccessfully attempting to hitchhike, they called the U-Need-A-Cab.

L'appelant, qui est originaire de London, a fait un certain nombre de déclarations aux policiers et a également témoigné au procès. Son témoignage concordait avec ses déclarations antérieures. Il a mentionné que, dans les indications pour se rendre chez elle, Nancy Katool avait parlé d'un restaurant du nord de London appelé le Knotty Pine ainsi que d'un établissement appelé Ritchie's. Il y a un Ritchie's au nord de London et un autre au sud mais il n'y en a pas dans la ville de Lambeth. Il a témoigné qu'il a quitté l'hôtel Brunswick après la fermeture et que, même s'il était «un peu gai», il savait ce qu'il faisait. Il a déclaré qu'il a fait de l'auto-stop avec Trudel en direction de Lambeth et qu'ils se sont promenés pendant environ deux heures à la recherche d'une avenue «Sharon» ou «Shaun» dans le but de trouver la maison des Katool, parce qu'à l'hôtel Brunswick, Nancy Katool les avaient invités à passer pour le petit déjeuner. Bien que Lambeth fût à l'époque une petite localité de 12 ou 13 rues en tout et qu'ils eussent sur eux le nom, l'adresse et le numéro de téléphone des Katool, ils n'ont pas trouvé la rue en question. Après avoir essayé en vain de faire de l'auto-stop, ils ont téléphoné à la compagnie U-Need-A-Cab.

Judgments

The Trial Court

This is Howard's second trial. At his first trial, Trudel was his co-accused. At the first trial, both the Crown and defence had called experts on footprints to seek to establish or disprove respectively that the footprints found by the body of the victim were made by the co-accused Trudel. At the second trial, before Craig J., the Crown experts again testified in similar terms. Before the defence expert was to testify, the Crown sought permission to ask him whether or not the fact that the co-accused Trudel, whose alleged footprints were in issue, had subsequently pleaded guilty to the murder and had accepted a statement of facts that put him at the scene of the crime, would change his opinion as given at the first trial. Precisely, the intended question was described by the Crown as follows:

Les jugements

Le tribunal de première instance

Il s'agit du deuxième procès de Howard. À son premier procès, auquel Trudel était son coaccusé, tant le ministère public que la défense avaient cité des experts en empreintes de pieds afin d'établir ou de réfuter, selon le cas, que les empreintes de pieds relevées près du corps de la victime avaient été laissées par le coaccusé Trudel. Au deuxième procès, tenu devant le juge Craig, les experts du ministère public ont témoigné de nouveau de la même façon. Avant que l'expert de la défense témoigne, le ministère public a sollicité la permission de lui demander si le fait que le coaccusé Trudel, l'auteur allégué des empreintes en cause, avait par la suite plaidé coupable à l'accusation de meurtre et avait accepté un exposé des faits selon lequel il était sur les lieux du crime, modifierait l'opinion qu'il avait exprimée au premier procès. Plus précisément, le ministère public avait formulé ainsi la question projetée:

... I would put to him that Mr. Trudel has, since the last time he gave his opinion, pleaded guilty in a judicial proceeding to murdering Gregory McCart and was present with counsel when facts were produced or adduced before the court indicating those footprints were his. And I would ask him whether the fact that since he last testified that person has admitted to the killing and has admitted, through counsel, at least, to those footprints being his. Whether that changes his opinion.

The trial judge ruled on this request as follows:

In my opinion, it may be that the putting of the questions would be very prejudicial; but the evidence of the expert, Dr. Watt, is not put forward by the Crown but rather by the defence. When an expert witness enters the witness box, it is quite clear that he can state either in examination-in-chief or in cross-examination the basis for his opinion.

If called as a witness, Dr. Watt may say that this additional information put to him in cross-examination does not change his opinion; but in deciding what weight to attach to an opinion the jury is entitled to consider the basis for the opinion, and whether the expert has rejected relevant considerations before expressing the opinion. The Crown is in a position to prove the accuracy of the suggestions to be made by Dr. Watt if he is called. In my opinion, the Crown cannot be prevented from conducting cross-examination to show, or attempt to show, that the opinion of an expert is unsound, or that the witness has failed to consider relevant matters. [Emphasis added.]

As a result of this ruling by the trial judge, the defence chose not to call its footprint expert, Dr. Watt.

The Court of Appeal

After having addressed other grounds of appeal, the Court next addressed the argument of the appellant that the trial judge erred in permitting the Crown to put the co-accused's apparent admission to the defence footprint expert: see (1986), 29 C.C.C. (3d) 544. The Court acknowledged that the Crown could not put Trudel's guilty plea into evidence as part of its case. Nor, as a general rule,

[TRADUCTION] ... je lui dirais que, depuis la dernière fois qu'il a donné son avis, M. Trudel a plaidé coupable, dans le cadre d'une poursuite judiciaire, à l'accusation d'avoir tué Gregory McCart et qu'il était présent avec son avocat lorsqu'ont été présentés à la cour les faits indiquant que ces empreintes de pieds étaient les siennes. Et je lui demanderais si le fait que, depuis qu'il a témoigné la dernière fois, cette personne a reconnu avoir commis le meurtre et a reconnu, par son avocat du moins, que ces empreintes de pieds étaient les siennes, si cela modifie son opinion.

Le juge de première instance s'est prononcé sur cette requête de la façon suivante:

[TRADUCTION] À mon avis, il se pourrait qu'il soit très préjudiciable de poser ces questions; cependant le témoignage de l'expert, M. Watt, n'est pas présenté par le ministère public mais bien par la défense. Lorsqu'un témoin expert se présente à la barre des témoins, il est tout à fait évident qu'il peut exposer à l'interrogatoire principal ou au contre-interrogatoire le fondement de son opinion.

S'il est appelé à témoigner, M. Watt peut dire que les renseignements supplémentaires qui lui sont présentés lors du contre-interrogatoire ne modifient pas son opinion; mais pour déterminer quel poids il faut attacher à une opinion, le jury a le droit de prendre en considération le fondement de l'opinion et le fait que l'expert a rejeté ou non des considérations pertinentes avant de formuler son opinion. Le ministère public est en mesure de prouver la justesse des hypothèses qui seront soumises à M. Watt s'il est appelé à témoigner. À mon avis, on ne peut pas empêcher le ministère public de mener le contre-interrogatoire de façon à prouver, ou à essayer de prouver, que l'opinion d'un expert est discutable ou que le témoin n'a pas pris en considération des questions pertinentes. [Je souligne.]

À la suite de cette décision du juge de première instance, la défense a choisi de ne pas faire témoigner son expert M. Watt.

La Cour d'appel

Après avoir traité d'autres moyens d'appel, la Cour a étudié l'allégation de l'appelant selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur en permettant au ministère public d'informer l'expert de la défense de l'aveu apparent du coaccusé: voir (1986), 29 C.C.C. (3d) 544. La Cour a reconnu que le ministère public ne pouvait pas présenter le plaidoyer de culpabilité de Trudel

could the Crown be permitted to do indirectly what it cannot do directly. However, in deciding that Trudel's apparent admission to being present at the scene of the crime could be put to the defence footprint expert, the Court reasoned in this way at pp. 558-59:

Many factors will be taken into account by an expert in reaching his conclusions. It is appropriate and proper to cross-examine an expert as to those factors which he has considered and those which he has not. It would be difficult to imagine questions more pertinent than those which sought to ascertain whether the expert had taken into account the apparent admissions of Trudel that he was in the field with the victim and that the footprints near the body were his. These are questions that would go to determining whether the expert had considered all relevant aspects of the situation. More importantly, they would be pertinent to a consideration of the credibility of his evidence. If Dr. Watt had continued in the face of Trudel's guilty plea, as he had proposed, to declare that the footprint in the field could not have been Trudel's, his testimony might well have been considered suspect by the jury.

There is a little of Alice in Wonderland in the position of the appellant. He has put forward an expert to substantiate his defence that he was not at the scene of the murder, yet he objects to the cross-examination of that expert as to whether or not he had taken into account what to most laymen would appear to be a vitally important factor. [Emphasis added.]

The Issue

The issue in this Court is:

Did the Ontario Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling that Crown counsel was entitled to adduce through the defence expert, evidence relating to the plea of the co-accused?

In support of this ground, the appellant advances the following proposition:

1. Since a guilty plea does not amount in law to an admission of the facts read in at such a plea, there were no facts concerning the footprints at

dans le cadre de sa preuve. Il ne peut pas non plus, en règle générale, être autorisé à faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement. Toutefois la Cour, adoptant le raisonnement suivant, a décidé que l'expert de la défense pouvait être informé de l'aveu apparent de Trudel qu'il se trouvait sur les lieux du crime, aux pp. 558 et 559:

[TRADUCTION] Un expert prendra plusieurs facteurs en considération pour aboutir à ses conclusions. Il est normal de contre-interroger un expert sur les facteurs qu'il a pris en compte et sur ceux qu'il a écartés. Il serait difficile d'imaginer des questions plus pertinentes que celles visant à établir si l'expert avait tenu compte des aveux apparents de Trudel selon lesquels il se trouvait dans le champ avec la victime et selon lesquels les empreintes de pieds relevées près du corps étaient les siennes. Ce sont des questions qui permettent de déterminer si l'expert a tenu compte de tous les aspects pertinents de la situation. Plus important, elles sont pertinentes dans le cadre de l'examen de la crédibilité de son témoignage. Si, tout en étant au courant du plaidoyer de culpabilité de Trudel, M. Watt avait continué, comme il l'avait proposé, de déclarer que les empreintes de pieds relevées dans le champ ne pouvaient être celles de Trudel, son témoignage aurait bien pu être considéré comme suspect par le jury.

Il y a un peu d'«Alice au Pays des merveilles» dans la position adoptée par l'appelant. Il a cité un expert pour fournir des preuves à l'appui de sa défense selon laquelle il n'était pas sur les lieux du crime, mais il s'oppose à ce qu'on contre-interroge cet expert quant à savoir s'il avait pris en considération ce qui, pour la plupart des profanes, semblerait constituer un facteur d'une importance capitale. [Je souligne.]

La question en litige

La question en litige devant cette Cour est la suivante:

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge de première instance de permettre au ministère public de présenter, par l'intermédiaire de l'expert de la défense, des éléments de preuve se rapportant au plaidoyer du coaccusé?

Sur ce point, l'appelant avance la proposition suivante:

1. Étant donné qu'un plaidoyer de culpabilité n'équivaut pas en droit à un aveu des faits afférents à ce plaidoyer, il n'y avait pas de faits

the scene of the crime being Trudel's for the Crown to put to the defence footprint expert.

2. Even if Trudel's position at his guilty plea constitutes an admission of the fact that the footprints at the scene of the crime were his, such an admission is inadmissible in evidence. Only Trudel could give the necessary first hand evidence that he made the footprints in issue, and he was not called by the Crown.

3. In any event, the fact of Trudel's admission is irrelevant to the opinion of an expert, as the proper parameters for the basis of such opinions are governed by the prevailing professional standards of the particular expertise.

4. In the alternative, if the admission is relevant, it is inadmissible. The real object of the proposed line of questioning was not to assess the reliability of the expert opinion, but rather to establish the truth of the matters put to the expert. Since the predominant effect of the proposed questions would be to introduce inadmissible hearsay which could be potentially misused by a jury, the questions should be disallowed. Further, the prejudicial effect of the evidence so introduced would far outweigh its probative value because the Crown could not prove the guilty plea from whence it came.

5. A limiting instruction would be insufficient in this case as the jury would be incapable of accepting the evidence as applicable solely to the basis for the expert's opinion and not applicable to its own truth.

The Crown argues that the intended question was relevant because the trier of fact is entitled to know the basis of an opinion advanced by an expert in order to assess its probative value.

The Crown relies on, amongst others, *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834, in which Lawton L.J. speaking for the English Court of Appeal, stated at p. 840 that the party calling an expert was

que le ministère public pouvait signaler à l'expert de la défense indiquant que les empreintes relevées sur le lieu du crime étaient celles de Trudel.

2. Même si la position adoptée par Trudel à l'occasion de son plaidoyer de culpabilité constitue un aveu du fait que les empreintes relevées sur les lieux du crime étaient les siennes, un tel aveu ne peut pas être admis en preuve. Seul Trudel pouvait présenter la preuve originale nécessaire que ces empreintes étaient les siennes, et le ministère public ne l'a pas appelé à témoigner.

3. De toute façon, les aveux de M. Trudel sont sans rapport avec l'opinion d'un expert, car les paramètres qui fondent les opinions de ce genre sont régis par les normes professionnelles courantes dans la spécialité en cause.

4. Subsidiairement, si l'aveu est pertinent, il n'est pas admissible. Les questions projetées n'avaient pas vraiment pour but d'évaluer la fiabilité de l'opinion de l'expert, mais plutôt d'établir l'exactitude des points mentionnés à l'expert. Vu que les questions projetées auraient principalement pour effet d'introduire de la preuve par oui-dire non admissible qui pourrait être mal employée par un jury, elles devraient être rejetées. En outre, l'effet préjudiciable de la preuve ainsi présentée dépasserait de beaucoup sa valeur probante parce que le ministère public ne pourrait pas prouver le plaidoyer de culpabilité, étant donné sa position.

5. Une directive restrictive ne suffirait pas en l'espèce car le jury serait incapable d'accepter la preuve comme s'appliquant seulement au fondement de l'opinion de l'expert et ne s'appliquant pas à sa propre véracité.

Le ministère public soutient que la question projetée était pertinente parce que le juge des faits a le droit de connaître le fondement d'une opinion avancée par un expert afin d'en évaluer la valeur probante.

Le ministère public invoque, entre autres, l'arrêt *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834, dans lequel le lord juge Lawton, au nom de la Cour d'appel d'Angleterre, a déclaré, à la p. 840, que la partie qui cite

obliged to put the basic facts for that opinion before the trier of fact.

Before a court can assess the value of an opinion it must know the facts upon which it is based. If the expert has been misinformed about the facts or has taken irrelevant facts into consideration or has omitted to consider relevant ones, the opinion is likely to be valueless. [Emphasis added.]

Respondent argues that:

If Dr. Watt were to be called to express his opinion, Crown counsel was entitled to fully explore the method by which the opinion was formed, and to review matters not considered by the witness. The proposition also finds support in decisions of several American State Courts. See, e.g. *State v. Smallwood*, Or.App., 548 P. 2d 1346, at 1350, (1976); *State v. Hull*, Or.App., 578 P. 2d 434, at 437-438 (1978); *State v. Turner*, N.Mex., 468 P. 2d 421 at 427 (1970); *People v. Alward*, Colo. App., 654 P. 2d 327 at 331 (1982). *Gardner v. State*, Ind., 419 N.E. 2d 749, at 753 (1981).

In *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (Or. 1976), Fort. J. in a somewhat different context, stated:

The jury is as entitled to know what relevant information was not available to or considered by an expert in arriving at his opinion as it is to know what the expert did consider. It is relevant in determining his competency as an expert and also the weight to be accorded his opinion. . . . The trial of an issue of fact is not a game; it is a search for the truth. [Emphasis added.]

Analysis

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

un expert comme témoin est tenue de soumettre au juge des faits les faits essentiels à cette opinion.

[TRADUCTION] Avant qu'un tribunal puisse apprécier la valeur d'une opinion, il doit connaître les faits sur lesquels elle se fonde. Si l'expert a été mal informé ou a pris en considération des faits non pertinents, ou a omis de prendre en considération des faits pertinents, l'opinion risque d'être sans valeur. [Je souligne.]

b

L'intimée allègue que:

[TRADUCTION] Si M. Watt était appelé à témoigner pour exprimer son opinion, l'avocat du ministère public avait le droit d'examiner à fond la méthode suivant laquelle l'opinion avait été formée et d'étudier tous les points qui n'avaient pas été pris en considération par le témoin. Des décisions des tribunaux de plusieurs États américains viennent également appuyer cette proposition. Voir par ex. *State v. Smallwood*, Or.App., 548 P. 2d 1346, à la p. 1350, (1976); *State v. Hull*, Or.App., 578 P. 2d 434, aux pp. 437 et 438 (1978); *State v. Turner*, N.Mex., 468 P. 2d 421, à la p. 427 (1970); *People v. Alward*, Colo. App., 654 P. 2d 327 à la p. 331 (1982). *Gardner v. State*, Ind., 419 N.E. 2d 749, à la p. 753 (1981).

Dans l'arrêt *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (Or. 1976), le juge Fort a déclaré, dans un contexte légèrement différent:

[TRADUCTION] Le jury a autant le droit de savoir de quels renseignements pertinents l'expert ne disposait pas ou n'a pas tenu compte pour arriver à son opinion, qu'il a celui de savoir ce dont l'expert a tenu compte. Cela est pertinent afin de déterminer sa compétence à titre d'expert et également le poids qu'il faut accorder à son opinion. . . . L'instruction d'une question de fait n'est pas un jeu; c'est une recherche de la vérité. [Je souligne.]

L'analyse

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

The only ground upon which I can see the question's being properly put would be to determine whether the expert took into account facts irrelevant to his expertise.

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

I have underlined in Lawton L.J.'s judgment in *R. v. Turner, supra*, and Fort J.'s judgment in *State v. Smallwood, supra*, the word relevant. Indeed I agree with those judgments as they support the proposition that a cross-examination may be conducted to determine whether what the expert considered was relevant, whether there are matters relevant that were not considered and, of course, whether the expert might have arrived at his conclusion as a result of considerations irrelevant to his particular expertise. An expert may obviously be cross-examined to that effect, that is whether relevant facts were ignored or disregarded, and whether irrelevant facts were taken into account, but only irrelevant facts supportive of the

La seule raison pour laquelle je pourrais considérer la question comme étant appropriée serait de déterminer si l'expert a tenu compte de faits n'ayant aucun rapport avec son domaine d'expertise.

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

J'ai souligné le mot pertinent dans les jugements du lord juge Lawton dans *R. v. Turner, précité*, et du juge Fort dans *State v. Smallwood, précité*. En effet, je suis d'accord avec ces jugements, car ils appuient la proposition selon laquelle on peut procéder à un contre-interrogatoire dans le but de déterminer si ce dont l'expert a tenu compte était pertinent, s'il y a des points pertinents qui n'ont pas été pris en considération et, naturellement, si l'expert aurait pu arriver à sa conclusion par suite de considérations qui ne se rapportent pas à son domaine d'expertise particulier. Un expert peut évidemment être contre-interrogé pour savoir si des faits pertinents ont été écartés ou négligés et si des faits non pertinents ont été pris en considéra-

conclusion arrived at. As put by the appellant in his factum:

Evidence establishing that an expert had failed to form his opinion on a proper scientific basis and had considered irrelevant matters is relevant to the validity of that opinion. However, it is not relevant to the validity of that opinion that the expert had not considered an irrelevant matter. The proposed cross-examination of Dr. Watt would establish no more than that he had not considered an irrelevant matter and therefore would not impugn the validity of his opinion.

I agree and find the question and answer thereto inadmissible. This is sufficient to dispose of the matter. However, as this case is to be retried, I should add a comment. At the next trial Trudel may be called, if the Crown so chooses, to testify to these facts that would tend to prove that Dr. Watt was wrong in his conclusion. They are facts for the jury's consideration, not for Dr. Watt, except maybe for the very limited purpose of testing with the expert the degree of certainty to be given to his science of which he will have testified.

Disposition

The appellant is asking us to acquit or, if ordering a new trial, that the charge be reduced to second degree murder.

I have read evidence and have come to the conclusion that a verdict of first degree murder "is one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered" (*per* McIntyre J. for the Court in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185).

I would therefore allow the appeal and order a new trial on the charge of first degree murder.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—In the early morning hours of October 20, 1979, nearly ten years ago, Gregory McCart was driving a taxicab

tion, mais uniquement s'il s'agit de faits non pertinents qui appuient la conclusion tirée. Comme le dit l'appelant dans son mémoire:

[TRADUCTION] La preuve établissant qu'un expert n'a pas fondé son opinion sur des bases scientifiques solides et a pris en considération des points non pertinents, est considérée pertinente quant à la validité de cette opinion. Toutefois, ne serait pas pertinent le fait que l'expert n'a pas pris en considération un point non pertinent. Le contre-interrogatoire projeté de M. Watt établirait au plus qu'il n'a pas pris en considération un point non pertinent et donc n'attaquerait pas la validité de son opinion.

Je suis d'accord et je conclus que la question et la réponse ne sont pas admissibles. Cela suffit pour trancher l'affaire. Cependant, comme il doit y avoir un nouveau procès en l'espèce, j'ajouterais une observation. Dans le cadre du nouveau procès, le ministère public peut, s'il le souhaite, appeler Trudel à témoigner sur les faits qui tendraient à prouver que M. Watt s'est trompé dans sa conclusion. Ce sont des faits qui devraient être soumis à l'examen du jury et non pas à celui de M. Watt, sauf peut-être dans le but très limité de vérifier avec l'expert le degré de certitude à donner à la science au sujet de laquelle il a témoigné.

Dispositif

L'appelant nous demande de l'acquitter ou, si nous ordonnons un nouveau procès, de réduire l'accusation à celle de meurtre au deuxième degré.

J'ai pris connaissance de la preuve et je suis arrivé à la conclusion qu'un verdict de meurtre au premier degré «est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (le juge McIntyre au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 185).

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur une accusation de meurtre au premier degré.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Il y a près de dix ans, le 20 octobre 1979, aux petites heures du matin, Gregory McCart conduisait un

in the area of the Brunswick Hotel in the City of London. Shortly after 2:00 a.m., he informed his dispatcher that he had found a fare. This was his last communication with the dispatcher. Later that morning, McCart's lifeless body was found in a corn field ten miles southwest of the city. McCart had been brutally beaten to death with a steel stake. The circumstances of the killing are set out in full in the judgment of the Court of Appeal below and need not be repeated here.

The appellant was charged together with Michael Trudel in connection with the killing on the following indictment:

MICHAEL ALEXANDER TRUDEL AND MURRAY JOHN HOWARD STAND CHARGED THAT on or about the 20th day of October, 1979 at the Township of Delaware, in the County of Middlesex, they did kill Gregory Michael McCart and thereby commit first degree murder, contrary to Section 218(1) of the Criminal Code of Canada.

Trudel and the appellant were tried jointly and on November 15, 1980, a jury returned a verdict of guilty as charged against each of the co-accused. This conviction was appealed and in January of 1983, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in some respects and ordered a new trial. Prior to the commencement of the appellant's second trial, Trudel entered a plea of guilty to second degree murder. This plea was accepted by the Crown. Counsel for the Crown then read the facts of the case and, while counsel gave no explicit account of Trudel's presence at the scene of the crime, he did say that Trudel's shoes "were identified as having made the footprints near the body in the field". Counsel for Trudel made no objection to the Crown's statement of the facts nor did he object to the Crown's recommended sentence. Trudel was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for a period of twelve years.

The appellant for his part entered a plea of not guilty. His sole defence was in the nature of an alibi, namely, that at all relevant times he was with Trudel and that neither Trudel nor he were at

taxi dans les environs de l'hôtel Brunswick à London. Peu après 2 h, il informa son répartiteur qu'il avait trouvé un client: ce fut son dernier contact radio. Plus tard dans la matinée, le corps de McCart fut retrouvé dans un champ de maïs à dix milles au sud-ouest de la ville. Il avait été battu à mort avec un piquet d'acier. Les circonstances du meurtre sont décrites dans le jugement de la Cour d'appel, et il n'y a pas lieu d'y revenir.

L'appellant a été accusé de ce meurtre avec Michael Trudel, aux termes de l'acte d'accusation suivant:

[TRADUCTION] MICHAEL ALEXANDER TRUDEL ET MURRAY JOHN HOWARD SONT ACCUSÉS d'avoir tué Gregory Michael McCart le 20 octobre 1979 ou vers cette date, dans le canton de Delaware, comté de Middlesex, et d'avoir ainsi commis un meurtre au premier degré, en contravention du paragraphe 218(1) du Code criminel du Canada.

Trudel et l'appellant ont subi un procès conjoint et, le 15 novembre 1980, un jury les a tous deux déclarés coupables de l'accusation telle que portée. Appel a été interjeté de cette déclaration de culpabilité et, en janvier 1983, la Cour d'appel, jugeant que le juge du procès avait commis certaines erreurs, a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Avant le début du deuxième procès de l'appellant, Trudel a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Le ministère public a accepté ce plaidoyer. L'avocat du ministère public a alors fait lecture des faits de l'affaire et, sans mentionner explicitement la présence de Trudel sur les lieux du crime, il a effectivement dit que les chaussures de Trudel [TRADUCTION] «avaient été identifiées comme étant celles qui ont laissé les empreintes de pieds relevées près du corps, dans le champ». L'avocat de Trudel n'a soulevé aucune objection à ce récit des faits ni ne s'est opposé à la sentence recommandée par le ministère public. Trudel a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, avec un délai de douze ans préalable à la libération conditionnelle.

L'appellant a, pour sa part, plaidé non-coupable. Sa seule défense était de la nature d'un alibi selon lequel, aux heures pertinentes, il était avec Trudel et ni Trudel ni lui-même ne se trouvaient sur les

the scene of the murder. Giving testimony at his second trial, the appellant acknowledged being at the Brunswick Hotel with Trudel until closing time, though he denied getting a cab there. The appellant testified that he and Trudel walked and eventually hitched a ride to Lambeth in the middle of the night. There, they wandered around for some two hours before calling a cab which picked them up at approximately 5:00 a.m. Together with Trudel, the appellant said he then proceeded to a bootlegger's home in London where both of them drank beer with another person until 7:00 a.m. During cross-examination, the appellant stated that he did not know what had happened to McCart.

In support of his defence, the appellant called two experts on footprints, Dr. Morton and Dr. Watt. Dr. Morton was called to give evidence only at the appellant's second trial. He testified that on the basis of the data in the record, he could not come to any conclusion as regards the footprints found near McCart's body. For his part, when testifying at the appellant's first trial, Dr. Watt had said that the same data did not establish any link between the footprints and Trudel's shoes. Before Dr. Watt took the stand at the appellant's second trial, the Crown sought a ruling on a question it proposed to address to him in cross-examination. The question was whether Dr. Watt would change his opinion in light of the information that, since he initially testified in the accused's first trial, Trudel pleaded guilty to murdering McCart and thereby apparently admitted that the footprints were his. The Crown did not seek to confront Dr. Morton's evidence with the same cross-examination.

The trial judge ruled that he would allow the proposed question. The appellant then elected not to call Dr. Watt. On November 30, 1983, a jury returned a verdict of guilty of first degree murder against the appellant. On an appeal against this conviction, a unanimous Court of Appeal (Cory J.A., as he then was, Zuber and Grange J.J.A.) dismissed the appeal: see (1986), 29 C.C.C. (3d)

lieux du meurtre. Dans son témoignage au deuxième procès, l'appelant a reconnu s'être trouvé à l'hôtel Brunswick avec Trudel jusqu'à l'heure de la fermeture, mais il a nié y avoir pris un taxi. L'appelant a témoigné que Trudel et lui-même ont marché et se sont rendus finalement jusqu'à Lambeth en auto-stop, au milieu de la nuit. Là, ils ont erré pendant environ deux heures avant d'appeler un taxi qui les a pris en charge vers 5 h. L'appelant a déclaré s'être ensuite rendu avec Trudel chez un contrebandier à London, où ils ont bu de la bière avec une autre personne jusqu'à 7 h. Au cours du contre-interrogatoire, l'appelant a témoigné qu'il ignorait ce qui était arrivé à McCart.

À l'appui de sa défense, l'appelant a appelé deux experts en empreintes de pieds, M. Morton et M. Watt. M. Morton n'a été appelé comme témoin qu'au deuxième procès de l'appelant. Il a témoigné que, d'après les données du dossier, il ne pouvait tirer aucune conclusion relativement aux empreintes de pieds relevées près du corps de McCart. Pour sa part, M. Watt a déclaré dans son témoignage au premier procès de l'appelant que les mêmes données n'établissaient aucun lien entre les empreintes de pieds et les chaussures de Trudel. Avant que M. Watt ne témoigne au deuxième procès de l'appelant, le ministère public a cherché à obtenir un jugement sur une question qu'il se proposait de poser en contre-interrogatoire. Il s'agissait de savoir si M. Watt changerait d'opinion s'il était informé que, depuis son témoignage au premier procès de l'accusé, Trudel avait plaidé coupable à l'accusation du meurtre de McCart et, de ce fait, avait apparemment reconnu que les empreintes de pieds en question étaient les siennes. Le ministère public n'a pas tenté de poser la même question à M. Morton en contre-interrogatoire.

Le juge du procès a décidé qu'il autoriserait la question proposée. L'appelant a alors choisi de ne pas appeler M. Watt à témoigner. Le 30 novembre 1983, un jury déclarait l'appelant coupable de meurtre au premier degré. L'appel interjeté contre cette déclaration de culpabilité fut rejeté à l'unanimité par la Cour d'appel (le juge Cory, maintenant juge de notre Cour, les juges Zuber et Grange):

544. The appellant came before this Court by leave.

Issues

The issues which are before this Court are:

1. Did the Ontario Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling that Crown counsel was entitled to refer to the guilty plea entered by Trudel in the cross-examination of Dr. Watt?
2. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the charge of the trial judge with respect to planning and deliberation was adequate?
3. Was the verdict of first degree unreasonable and unsafe in light of all the circumstances?
4. Did the trial judge err in failing to adequately put forward the theory of the defence and the evidence relevant thereto?

As I do not agree with my colleague Lamer J.'s reasons regarding the first issue, it is necessary to consider all four issues.

Proposed Cross-Examination of Appellant's Expert

In the *voir dire* held on the admissibility of the proposed cross-examination, the appellant's counsel informed the Court that, since giving evidence in the first trial, Dr. Watt had in fact been made aware of Trudel's plea of guilty prior to the commencement of the second. Counsel further stated that Trudel's plea was "an important factor" upon which Dr. Watt's opinion would have been based:

HIS LORDSHIP: It [the question] may be prejudicial, but here you have two experts—I don't know what they are going to say, but they are basing their opinion on certain criteria. Now, if they know—well, let me put it this way. Certainly it's relevant to their opinion whether they did know whether Trudel did plead guilty. Isn't that an important factor, or one important factor upon which they based their opinion?

MR. KLUWAK: Yes, my Lord. And my friend has already asked them, informally, that question and he's been told that they were informed fully of the facts that have taken place in this case to this point. . . .

voir (1986), 29 C.C.C. (3d) 544. L'appelant se pourvoit devant notre Cour, sur autorisation.

Les questions en litige

a Les questions suivantes font l'objet du pourvoi:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès selon laquelle le ministère public avait le droit de mentionner dans le contre-interrogatoire de M. Watt le plaidoyer de culpabilité inscrit par Trudel?
- b* 2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que l'exposé fait au jury par le juge du procès relativement à la préméditation était adéquat?
- c* 3. Le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré était-il excessif et dangereux compte tenu de toutes les circonstances?
- d* 4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne présentant pas adéquatement la thèse de la défense et les éléments de preuve pertinents?

e Comme je ne suis pas d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Lamer sur la première question en litige, il y a lieu de discuter de tous les points d'appel.

Le contre-interrogatoire projeté de l'expert de l'appelant

f Durant le *voir-dire* sur l'admissibilité du contre-interrogatoire projeté, le procureur de l'appelant a informé la cour que, depuis son témoignage au premier procès, M. Watt avait en fait, avant le début du deuxième procès, été mis au courant du plaidoyer de culpabilité de Trudel. L'avocat a ajouté que le plaidoyer de Trudel était [TRADUCTION] «un facteur important» sur lequel M. Watt aurait fondé son opinion:

g [TRADUCTION] VOTRE SEIGNEURIE: Elle [la question] peut être préjudiciable, mais nous avons ici deux experts—je ne sais pas ce qu'ils vont dire, mais ils fondent leur opinion sur certains critères. Maintenant, s'ils savent—bien, permettez-moi de le dire ainsi. Le fait de savoir si Trudel a plaidé coupable est sûrement pertinent en ce qui a trait à leur opinion. N'est-ce pas un facteur important ou l'un des facteurs importants sur lesquels ils fondent leur opinion?

j M. KLUWAK: Oui, Votre Seigneurie. Et mon collègue leur a déjà posé cette question de façon informelle, et on lui a répondu qu'ils étaient très bien au courant des faits qui se sont produits dans la présente affaire à cet égard. . . .

HIS LORDSHIP: ... You say that Dr. Watt now knows that Trudel has pleaded guilty.

MR. KLUWAK: Yes.

In the Crown's submission, the proposed question is permissible on two grounds. First, the Crown contends that the purpose of the proposed question was not to adduce evidence relative to the appellant's guilt, but rather that it was exclusively intended to attack Dr. Watt's credibility in his capacity as expert witness. In the first trial, Dr. Watt had conceded in cross-examination that the "science" of footprint expertise was simply "an exercise in common sense". The Crown submitted that it was consequently open to it to ask the expert whether, "as a matter of his exercise in common sense", it would help or influence him to know that the person who was wearing the shoe pleaded guilty to murder. Crown counsel stated:

... since what we are dealing with, in Dr. Watt's own words, is a matter of common sense, I think the jury are entitled to hear that this expert, who regards this as a matter of common sense, does or doesn't think that the fact that Mr. Trudel has, since his last opinion, admitted to killing Mr. McCart is relevant to his opinion. I think that's very significant on the question of whether his opinion is to be accepted, whether he is a man of common sense, which is what he tells us is the important thing in this area.

Had Dr. Watt answered the proposed question in the negative and claimed that the plea of guilty was not material to his scientific opinion, then, according to the Crown, "that would [have been] the end of it".

Second, the Crown expresses concern that the unchallenged credibility of Dr. Watt could have misled the jury. In the circumstances of the case, in the Crown's contention, the administration of justice would have been impeded if the jury had been allowed to attach untested weight to a scientific opinion which in all likelihood was mistaken as to what really happened:

VOTRE SEIGNEURIE: ... Vous dites que M. Watt sait maintenant que Trudel a plaidé coupable.

M. KLUWAK: Oui.

^a Selon la thèse du ministère public, la question projetée est recevable pour deux raisons. En premier lieu, le ministère public prétend que cette question avait non pas pour but de présenter des éléments de preuve relatifs à la culpabilité de l'appelant mais visait exclusivement à attaquer la crédibilité de M. Watt en sa qualité de témoin expert. Au premier procès, M. Watt avait admis en contre-interrogatoire que l'«étude» des empreintes de pieds était uniquement un «exercice de bon sens». Le ministère public a soutenu qu'il pouvait par conséquent demander à l'expert si, [TRADUCTION] «dans cet exercice de bon sens», cela l'aiderait ou l'influencerait de savoir que la personne qui portait les chaussures avait plaidé coupable à une accusation de meurtre. L'avocat du ministère public a déclaré:

[TRADUCTION] ... vu que ce qui nous occupe présentement est, selon les propres mots de M. Watt, une affaire de bon sens, j'estime que le jury est en droit de savoir si cet expert, qui considère qu'il s'agit d'une affaire de bon sens, croit ou non que le fait que, depuis l'expression de sa dernière opinion M. Trudel a admis avoir tué M. McCart, est pertinent en ce qui concerne son opinion. Je pense que c'est très important pour ce qui est de savoir si son opinion doit être acceptée, s'il est un homme de bon sens, ce qu'il nous dit être la chose importante dans ce domaine.

^g Si M. Watt avait répondu par la négative à la question projetée, et avait prétendu que le plaidoyer de culpabilité n'était pas pertinent à son opinion scientifique, alors, selon le ministère public, [TRADUCTION] «l'affaire en serait restée là».

En second lieu, le ministère public craignait que le défaut de tester la crédibilité de M. Watt, puisse induire le jury en erreur. D'après le ministère public, dans les circonstances de l'espèce, il y aurait eu entrave à l'administration de la justice si on avait laissé le jury attacher, sans qu'il soit testé, un poids à une opinion scientifique qui, selon toute vraisemblance, était erronée quant à ce qui s'était réellement passé:

Further, in my submission, it is crucial that I be allowed to ask this question if the process is regarded at all and, in my submission, it is in part, at least, a search for the truth and a search for what actually happened. If two experts are allowed to get in the stand and say there is no way that print two inches from the head is Mr. Trudel's and at the same time this jury can never be made aware of the fact that Mr. Trudel has in effect admitted that he killed Mr. McCart in that field, then, in my submission, we come dangerously close to turning this whole process into a travesty.

The trial judge was favourably impressed by both submissions. Giving his decision to allow the Crown's question in cross-examination, the trial judge said:

In this case the Crown simply proposes to cross-examine to show that the basis for his opinion is or may not be sound, and not for the purpose of introducing prejudicial evidence.

In this respect, I find it significant that the Crown never sought to refer to Trudel's plea in the cross-examination of Dr. Morton. His opinion was not contrary to the apparent admission by Trudel that the footprints were his. Consequently, the credibility of Dr. Morton could not have been tested by his being confronted with the plea. The same can hardly be said, however, for the credibility of Dr. Watt.

During the *voir dire*, the trial judge had made some remarks indicating he thought it "may be a travesty of justice" for the Crown to be prevented to attack the basis of Dr. Watt's opinion in the circumstances. These remarks were reiterated in the reasons for his decision to allow the proposed cross-examination:

If called as a witness, Dr. Watt may say that this additional information put to him in cross-examination does not change his opinion; but in deciding what weight to attach to an opinion the jury is entitled to consider the basis for the opinion, and whether the expert has rejected relevant considerations before expressing the opinion. The Crown is in a position to prove the accuracy of the suggestions to be made to Dr. Watt if he is called. In my opinion, the Crown cannot be prevented

[TRADUCTION] En outre il est important, selon moi, que je sois autorisé à poser cette question pour que le procès soit considéré en partie, du moins, comme un moyen de découvrir la vérité et ce qui s'est réellement passé. Si deux experts sont autorisés à témoigner et à dire qu'il est impossible que l'empreinte relevée à deux pouces de la tête de la victime soit celle de M. Trudel et si, en même temps, le jury ne peut pas être informé du fait que M. Trudel a admis avoir tué M. McCart dans ce champ, alors, selon moi, nous risquons fort de transformer le présent procès en une parodie de la justice.

Ces deux arguments ont favorablement impressionné le juge du procès. En rendant sa décision de permettre au ministère public de poser cette question en contre-interrogatoire, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, le ministère public se propose de le contre-interroger afin de démontrer que son opinion repose ou ne repose peut-être pas sur des fondements solides, et non pas afin de présenter des éléments de preuve préjudiciables.

À cet égard, il me semble significatif que le ministère public n'ait jamais tenté de faire allusion au plaidoyer de Trudel au cours du contre-interrogatoire de M. Morton. Son opinion n'était pas incompatible avec l'aveu apparent de Trudel qu'il s'agissait de ses empreintes. Par conséquent, la crédibilité de M. Morton n'aurait pas pu être testée par confrontation avec le plaidoyer de culpabilité. On peut difficilement dire la même chose, cependant, de la crédibilité de M. Watt.

Pendant le *voir-dire*, le juge du procès avait fait certaines remarques indiquant que, selon lui, empêcher le ministère public de contester le fondement de l'opinion de M. Watt dans les circonstances pourrait équivaloir à «une parodie de la justice». Le juge a réitéré ces observations dans les motifs de sa décision d'autoriser le contre-interrogatoire projeté:

[TRADUCTION] S'il est appelé à témoigner, M. Watt peut dire que les renseignements supplémentaires qui lui sont présentés en contre-interrogatoire ne modifient pas son opinion; mais pour déterminer quel poids il faut attacher à une opinion, le jury a le droit de prendre en considération le fondement de l'opinion et le fait que l'expert a rejeté ou non des considérations pertinentes avant de formuler son opinion. Le ministère public est en mesure de prouver la justesse des hypothèses qui

from conducting cross-examination to show, or attempt to show, that the opinion of an expert is unsound, or that the witness has failed to consider relevant matters. It seems to me that if the Crown were to be restricted in cross-examination, as requested by Mr. Kluwak, it would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling. In delivering the reasons for the Court, Cory J.A. acknowledged the rule that evidence of a co-accused's plea of guilty is inadmissible to establish the other accused's guilt. Nevertheless, in Cory J.A.'s opinion, it was open to the Crown to use the same plea in cross-examination for the limited purpose of attacking the expert's credibility. Cory J.A. wrote at pp. 558-59:

It is true that the Crown could not put Trudel's plea of guilty in evidence as part of its case. Nor, as a general rule, can the Crown be permitted to do indirectly what it is prohibited from doing directly. . . .

Many factors will be taken into account by an expert in reaching his conclusions. It is appropriate and proper to cross-examine an expert as to those factors which he has considered and those which he has not. It would be difficult to imagine questions more pertinent than those which sought to ascertain whether the expert had taken into account the apparent admissions of Trudel that he was in the field with the victim and that the footprints near the body were his. These are questions that would go to determining whether the expert had considered all relevant aspects of the situation. More importantly, they would be pertinent to a consideration of the credibility of his evidence. If Dr. Watt had continued in the face of Trudel's guilty plea, as he had proposed, to declare that the footprint in the field could not have been Trudel's, his testimony might well have been considered suspect by the jury.

There is a little of Alice in Wonderland in the position of the appellant. He has put forward an expert to substantiate his defence that he was not at the scene of the murder, yet he objects to the cross-examination of that expert as to whether or not he has taken into account what to most laymen would appear to be a vitally important factor. [Emphasis added.]

seront soumises à M. Watt s'il est appelé à témoigner. À mon avis, on ne peut pas empêcher le ministère public de mener le contre-interrogatoire de façon à prouver, ou à essayer de prouver, que l'opinion d'un expert est discutable ou que le témoin n'a pas pris en considération des questions pertinentes. Il me semble que, si la poursuite devait être limitée dans son contre-interrogatoire, comme le demande M. Kluwak, cela serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès. Dans les motifs rendus au nom de la Cour, le juge Cory a fait état de la règle selon laquelle la preuve du plaidoyer de culpabilité d'un coaccusé n'est pas recevable pour prouver la culpabilité de l'autre accusé. Néanmoins, de l'avis du juge Cory, le ministère public pouvait utiliser un tel plaidoyer en contre-interrogatoire dans le but limité de tester la crédibilité de l'expert, aux pp. 558 et 559:

[TRADUCTION] Il est vrai que la poursuite ne pouvait pas présenter le plaidoyer de culpabilité de Trudel dans le cadre de sa preuve. En général, la poursuite ne peut pas non plus être autorisée à faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement. . . .

Un expert prendra plusieurs facteurs en considération pour aboutir à ses conclusions. Il est normal de contre-interroger un expert sur les facteurs qu'il a pris en compte et sur ceux qu'il a écartés. Il serait difficile d'imaginer des questions plus pertinentes que celles visant à établir si l'expert avait tenu compte des aveux apparents de Trudel selon lesquels il se trouvait dans le champ avec la victime et selon lesquels les empreintes de pieds relevées près du corps étaient les siennes. Ce sont des questions qui permettent de déterminer si l'expert a tenu compte de tous les aspects pertinents de la situation. Plus important, elles sont pertinentes dans le cadre de l'examen de la crédibilité de son témoignage. Si, tout en étant au courant du plaidoyer de culpabilité de Trudel, M. Watt avait continué, comme il l'avait proposé, de déclarer que les empreintes de pieds relevées dans le champ ne pouvaient être celles de Trudel, son témoignage aurait bien pu être considéré comme suspect par le jury.

Il y a un peu d'«Alice au Pays des merveilles» dans la position adoptée par l'appellant. Il a cité un expert pour fournir des preuves à l'appui de sa défense selon laquelle il n'était pas sur les lieux du crime, mais il s'oppose à ce qu'on contre-interroge cet expert quant à savoir s'il avait pris en considération ce qui, pour la plupart des profanes, semblerait constituer un facteur d'une importance capitale. [Je souligne.]

These propositions of the trial judge and of the Court of Appeal find, in my view, firm support in the law.

It is commonplace that the judge presiding over a criminal trial held before a jury may assist the jury in its fact-finding mission. The judge determines which evidence as long as it is relevant can be put to the jury, having regard to the applicable legal rules of evidence. Once the evidence has been allowed, it is then incumbent upon the jury to attach weight or probative value to the various elements adduced at trial. The judge assists the jury by determining the extent to which the evidence can be confronted by the opposing party, which, in the case of testimonial evidence, often takes the form of cross-examination as to credibility.

In controlling cross-examination, the trial judge enjoys some measure of discretion. In my view there are no inflexible rules prescribing the exact scope of allowable cross-examination in each particular case. An undue restriction on cross-examination may prevent the jury from gauging all the elements relative to the weight of the allowable evidence. Conversely, an overly lenient allowance of cross-examination may distract the jury's focus from the questions of fact it must address. A delicate balance must be struck between the different interests at stake given that arriving at the truth remains a central premise of the administration of criminal justice. Such interests include, among others, the extent to which the credibility of witnesses may be impeached as against the possible risks of encroachment upon the fairness of the trial, including the accused person's right to present a full defence, and the degree of prejudice suffered by the accused.

The balance hinges in great part on the trial judge's assessment of the context of the case, the seriousness of the offence, the nature of the defence and the "atmosphere of the courtroom", that is, the demeanour of witnesses, conduct of counsel and ability of the jury to make a fair assessment of the weight of the evidence discussed or introduced at trial. The case of *Bleta v. The Queen*, [1964] S.C.R. 561, illustrates this discretion in the context of the admissibility of expert

À mon avis, le droit appuie fermement l'opinion du juge du procès et de la Cour d'appel.

Il est connu que le juge qui préside un procès criminel avec jury peut l'aider dans sa tâche d'établir les faits. Le juge détermine quel témoignage peut, dans la mesure où il est pertinent, être présenté au jury, selon les règles de droit applicables en matière de preuve. Une fois le témoignage permis, il appartient au jury d'accorder un certain poids ou une certaine valeur probante aux divers éléments déposés en preuve au procès. Le juge assiste le jury en déterminant dans quelle mesure la partie adverse peut attaquer ce témoignage, ce qui, dans le cas d'une preuve testimoniale, prend souvent la forme d'un contre-interrogatoire relativement à la crédibilité du témoin.

Le juge du procès jouit d'une certaine discrétion dans la conduite du contre-interrogatoire. À mon avis, il n'y a pas de règles rigides qui prévoient exactement l'étendue du contre-interrogatoire dans chaque cas particulier. Des restrictions indues à un contre-interrogatoire peuvent empêcher le jury d'évaluer tous les éléments relatifs au poids à accorder à la preuve recevable. Inversement, une trop grande latitude en contre-interrogatoire peut détourner l'attention du jury des questions de faits qu'il doit décider. Un juste équilibre doit être recherché entre les différents intérêts en jeu, la découverte de la vérité demeurant un principe essentiel de l'administration de la justice pénale. Parmi ces intérêts, il y a lieu de mentionner notamment la mesure dans laquelle la crédibilité des témoins peut être testée au regard des risques possibles d'atteinte à l'équité du procès, incluant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'importance du préjudice à l'accusé.

Cet équilibre dépend en grande partie de l'évaluation par le juge du procès du contexte de l'affaire, de la gravité de l'infraction, de la nature des moyens de défense et de l'«atmosphère de la salle d'audience», c'est-à-dire le comportement des témoins, la conduite des avocats et la capacité du jury d'évaluer de façon équitable la valeur probante de la preuve présentée au procès. L'affaire *Bleta v. The Queen*, [1964] R.C.S. 561, illustre cette discrétion dans le cadre de la recevabilité

testimony. A psychiatrist had expressed his opinion as to the state of mind of an accused on the basis of evidence which he had heard at the accused's trial three months after the murder giving rise to the charge. In upholding the trial judge's decision to allow the psychiatrist's testimony to be put to the jury, this Court said at pp. 567-68:

As has been indicated, the decision as to whether a sufficient basis has been laid for the admission of an expert opinion rests in each case in the discretion of the trial judge, the exercise of which is dependant upon many factors, all of which may not be fully appreciated by a court of appeal which is confined to the printed record of the proceedings in its reconstruction of the atmosphere existing at the trial.

These comments apply equally in my view to appellate review of a trial judge's discretionary control of the scope of allowable cross-examination.

In the case of expert testimony, the proper control of cross-examination involves certain special considerations. Specifically, in giving evidence, expert witnesses benefit from a degree of freedom not enjoyed by ordinary witnesses. Experts are mainly called to give their opinion, which is a type of evidence inadmissible when offered by ordinary witnesses. An expert opinion may be based in whole or in part upon facts not otherwise admissible as evidence at trial. For instance, the opinion may be based on hearsay: "an expert opinion based on second-hand evidence is admissible, if relevant" (*R. v. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, at p. 43, *per* Dickson J. (as he then was) for the Court). The underpinnings of an expert opinion are thus generally admissible as going to the expert's credibility. It does not follow, however, that when the expert discloses these underlying circumstances they are proven or must otherwise be taken as representing the truth. It is the duty of the trial judge to give directions to the jury on this point: "Once such testimony is admitted, a careful charge to the jury by the judge or direction to himself is essential" (*R. v. Abbey*, *supra*, at p. 44).

d'un témoignage d'expert. Un psychiatre avait exprimé son opinion sur l'état d'esprit d'un accusé en se fondant sur un témoignage qu'il avait entendu au procès de l'accusé trois mois après le meurtre ayant donné lieu à l'accusation. En confirmant la décision du juge du procès de permettre le témoignage du psychiatre en présence du jury, notre Cour a dit, aux pp. 567 et 568:

[TRADUCTION] Ainsi qu'il a été mentionné, la décision quant à savoir si on a posé des bases suffisantes pour l'admission de l'opinion d'un expert est, dans chaque cas, laissée à la discrétion du juge de première instance, dont l'exercice dépend de nombreux facteurs, qui ne peuvent être tous évalués pleinement par une cour d'appel qui dispose seulement de la transcription des procédures pour reconstituer l'atmosphère du procès.

À mon avis, ces remarques s'appliquent également à la révision en appel de l'exercice par le juge du procès de sa discrétion quant à l'étendue du contre-interrogatoire permis.

Dans le cas d'un témoignage d'expert, certaines considérations spéciales interviennent dans le contrôle adéquat d'un contre-interrogatoire. Plus précisément, les témoins experts bénéficient dans leurs dépositions d'un degré de latitude dont ne jouissent pas les témoins ordinaires. Les experts sont principalement appelés à donner leur opinion, soit un type de témoignage irrecevable de la part de témoins ordinaires. L'opinion d'un expert peut être fondée en totalité ou en partie sur des faits qui par ailleurs ne seraient pas recevables comme éléments de preuve au procès. Par exemple, l'opinion peut se fonder sur du ouï-dire: «l'opinion d'un expert fondée sur un ouï-dire est recevable, à la condition d'être pertinente» (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 43, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, au nom de la Cour). Ce qui sous-tend l'opinion d'un expert est donc généralement recevable parce que cela touche à la crédibilité de l'expert. Cela ne veut pas dire toutefois que, lorsque l'expert les divulgue, les faits sous-jacents à son opinion soient prouvés ou doivent autrement être considérés comme véridiques. Il est du devoir du juge du procès de donner des directives au jury sur ce point: «Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve» (*R. c. Abbey*, précité, à la p. 44).

In *R. v. Abbey*, the accused was charged with importing cocaine into Canada and possession of cocaine for the purpose of trafficking. His sole defence was that he was insane at the material time, suffering from hypomania. He led evidence through a psychiatrist who testified as to various delusions, visions and hallucinations which the accused had experienced in the months preceding his arrest. Several incidents of bizarre conduct on the part of the accused were also recounted by the psychiatrist. The trial judge adopted as evidence of the truth of its content the hearsay evidence given by the psychiatrist in respect of the delusions, hallucinations and bizarre conduct of the accused. In concluding that it was an error for the trial judge to do so, Dickson J. wrote at p. 46:

It was appropriate for the doctors to state the basis for their opinions and in the course of doing so, to refer to what they were told not only by Abbey but by others, but it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied in forming their opinions. . . . Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist. [Emphasis added.]

As noted in *R. v. Abbey* at p. 42, "the [expert] opinion more often than not will be based on second-hand evidence". The circumstances upon which an expert opinion is grounded almost inevitably involve hearsay and evidence otherwise not admissible at trial. If, as the reasons given by my colleague Lamer J. suggest, the cross-examination was to be limited to the facts which will "become part of the case as admissible evidence", then it would become all but impossible for the accused as well as the Crown to cross-examine expert witnesses as to the basis of their opinion. I do not believe that such an inflexible approach is warranted. The greater latitude allowed to an expert in examination-in-chief involves in my view a correlative latitude in cross-examination as to the basis of the expert's opinion.

In *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), the accused were tried jointly on a charge of murder. Certain shoe marks were

Dans l'affaire *R. c. Abbey*, le prévenu avait été accusé d'importation de cocaïne au Canada et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Sa seule défense, consistait à dire qu'il était atteint d'aliénation mentale à l'époque pertinente et souffrait d'hypomanie. Il avait présenté en preuve le témoignage d'un psychiatre sur diverses visions et hallucinations que l'accusé avait eues dans les mois précédant son arrestation. Le psychiatre avait également relaté plusieurs comportements bizarres de l'accusé. Le juge du procès avait adopté comme preuve de la véracité de son contenu, le témoignage basé sur du oui-dire donné par le psychiatre sur les hallucinations et les comportements bizarres de l'accusé. Concluant que le juge du procès avait commis en cela une erreur, le juge Dickson a écrit à la p. 46:

Il convenait que les médecins énoncent le fondement de leurs opinions et, ce faisant, qu'ils mentionnent ce qui leur avait été dit non seulement par Abbey mais aussi par d'autres personnes; cependant, c'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions. . . . Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion. [Je souligne.]

Comme le souligne l'arrêt *Abbey*, «[l']opinion [de l'expert] est [. . .] plus souvent [qu'autrement] fondée sur un oui-dire» (à la p. 42). Les faits sur lesquels se fonde l'opinion d'un expert impliquent presque inévitablement du oui-dire et des éléments de preuve qui, par ailleurs, ne seraient pas recevables au procès. Si, comme le laissent entendre les motifs de mon collègue le juge Lamer, le contre-interrogatoire devait se limiter aux faits qui feront «partie des éléments admissibles et mis en preuve», il serait presque impossible tant pour l'accusé que pour le ministère public de contre-interroger les experts sur le fondement de leur opinion. À mon avis, une approche aussi inflexible n'est pas justifiée. À la plus grande latitude dont dispose un expert durant l'interrogatoire principal, doit correspondre, à mon avis, une latitude équivalente en contre-interrogatoire en ce qui concerne le fondement de l'opinion de cet expert.

Dans l'affaire *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), les accusés avaient été jugés conjointement sur une accusation

found at the scene of the crime. During a *voir dire*, the Crown sought to get permission to introduce opinion evidence from a footprint expert that these shoe marks connected Stolar to the scene of the crime. In delivering the majority decision, Huband J.A. discussed as follows the scope to which the expert could be examined and cross-examined (at p. 70):

In particular, Dr. Robbins was asked to express her view as to the physical characteristics of the person wearing a shoe which would leave the markings found at the murder scene. The learned trial judge concluded that this opinion evidence was conjectural rather than scientific, and he ruled such evidence should not go to the jury.

Counsel for the accused, Nielsen, then wished to cross-examine Dr. Robbins on this opinion evidence—not for the purpose of implicating Stolar, but rather in an attempt to discredit the testimony of Dr. Robbins on this point, thereby reflecting adversely on her credibility in other areas. The learned trial judge ruled that the proposed cross-examination would not be allowed because it might be prejudicial to Stolar.

If this had been a trial involving the accused, Nielsen, alone, it would have been open to Nielsen's counsel to cross-examine Dr. Robbins in this area. But given the joint trial of the two accused, the learned trial judge made a reasonable ruling to forbid the proposed line of cross-examination. [Emphasis added.]

I refer to these words simply to illustrate that courts recognize a discretion in the trial judge to allow cross-examination of expert witnesses on some aspects which do not necessarily form part of the body of admissible evidence to be ultimately put to the jury.

In the present case, this latitude in the cross-examination of expert witnesses was also emphasized in the Court of Appeal (at p. 559):

He [Dr. Watt] was going to give an opinion based upon his scientific knowledge. His opinion would have been to the effect that the footprints in the field could not have been made by Trudel's shoe. It was thus open to the Crown and perhaps incumbent upon the Crown to cross-examine Dr. Watt as to the basis of his opinion. During the course of that cross-examination it would have been of great importance in assessing the weight of Dr. Watt's opinion to determine whether or not he had

de meurtre. On avait trouvé des traces de chaussures sur le lieu du crime. Durant le *voir-dire*, le ministère public avait recherché la permission de présenter en preuve l'opinion d'un expert en empreintes de pieds selon laquelle ces traces de chaussures reliaient Stolar au lieu du crime. Parlant au nom de la majorité, le juge d'appel Huband a traité de la portée de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire de l'expert (à la p. 70):

[TRADUCTION] On a notamment demandé à M. Robbins de donner son opinion sur les caractéristiques physiques de la personne qui porterait une chaussure qui laisserait les traces relevées sur le lieu du meurtre. Le juge du procès a conclu que ce témoignage d'opinion était plus conjectural que scientifique, et il a décidé qu'il ne serait pas soumis au jury.

L'avocat de l'accusé Nielsen a alors voulu contre-interroger M. Robbins sur ce témoignage d'opinion—non pas dans le but d'impliquer Stolar mais plutôt pour essayer de mettre en doute le témoignage de M. Robbins sur ce point, donc sa crédibilité dans d'autres domaines. Le juge du procès a décidé de ne pas autoriser le contre-interrogatoire projeté car celui-ci pouvait nuire à Stolar.

Si le présent procès avait été celui de l'accusé Nielsen seulement, son avocat aurait pu contre-interroger M. Robbins à ce propos. Mais étant donné que les deux accusés étaient jugés ensemble, le juge du procès a rendu une décision raisonnable en interdisant le contre-interrogatoire projeté. [Je souligne.]

Je me reporte à ce passage uniquement pour montrer que les tribunaux reconnaissent au juge du procès la discrétion de permettre le contre-interrogatoire de témoins experts sur certaines questions qui ne font pas nécessairement partie de l'ensemble des éléments de preuve recevables qui seront éventuellement présentés au jury.

En l'espèce, cette latitude dans le contre-interrogatoire de témoins experts a également été soulignée en Cour d'appel (à la p. 559):

[TRADUCTION] Il [M. Watt] allait donner une opinion fondée sur ses connaissances scientifiques, selon laquelle les empreintes de pieds relevées dans le champ n'auraient pas pu être faites par les chaussures de Trudel. Le ministère public pouvait alors et devait peut-être contre-interroger M. Watt relativement au fondement de son opinion. Au cours de ce contre-interrogatoire, il aurait été très important, pour apprécier la valeur probante de l'opinion de M. Watt, de déterminer

taken into account the apparent admission of Trudel that the footprints found in the field were indeed his. The ability to cross-examine a witness as to the basis for his opinion and the factors which he has taken into account and those which he has omitted can be relevant, pertinent and indeed vital to testing that opinion [Emphasis added.]

Wigmore has noted that cross-examination is “beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth” (5 *Wigmore, Evidence* no. 1367 [p. 32] (Chadbourn rev. 1974)). One cannot over-emphasize the commitment of courts of justice to the ascertainment of the truth. The just determination of guilt or innocence is a fundamental underpinning of the administration of criminal justice. The ends of the criminal process would be defeated if trials were allowed to proceed on assumptions divorced from reality. If a careless disregard for the truth prevailed in the courtrooms, the public trust in the judicial function, the law and the administration of justice would disappear. Though the law of criminal evidence often excludes relevant evidence to preserve the integrity of the judicial process, it is difficult to accept that courts should ever willingly proceed on the basis of untrue facts.

In allowing the proposed cross-examination in the case at bar, the trial judge did not ignore the conflict between, on the one hand, the prejudice caused to the accused by the mention of Trudel’s guilty plea, and, on the other, the rule allowing the credibility of an expert witness to be tested on the basis of the expert’s opinion. In exercising his discretion to determine the propriety of the question sought to be put to Dr. Watt, the trial judge gave in my view due heed to the interests of the accused and to those of the judicial process as well. He was not blind to the fact that Dr. Watt’s evidence would not be put forward as a result of his ruling. He was aware that his ruling left the appellant with a single expert witness instead of the two he had expected to rely upon in support of his defence. But in his discretion the trial judge found that there would be no unduly prejudicial

s’il avait ou non tenu compte de l’aveu apparent de Trudel selon lequel les empreintes de pieds relevées dans le champ étaient effectivement les siennes. La possibilité de contre-interroger un témoin sur le fondement de son opinion, sur les facteurs dont il a tenu compte et sur ceux qu’il a écartés peut être pertinente et, en fait, capitale pour mettre cette opinion à l’épreuve. [Je souligne.]

Wigmore a fait observer que le contre-interrogatoire est [TRADUCTION] «sans aucun doute le meilleur mécanisme juridique jamais inventé pour découvrir la vérité» (5 *Wigmore, Evidence* n° 1367 [p. 32] (Chadbourn, rev. 1974)). On ne saurait trop insister sur le devoir des cours de justice de faire ressortir la vérité. La juste détermination de la culpabilité ou de l’innocence est un des attributs les plus fondamentaux de l’administration de la justice pénale. Les fins du processus criminel ne sauraient être atteintes si les procès devaient reposer sur des hypothèses totalement divorcées de la réalité. Si on ne devait pas se soucier de faire éclater la vérité dans les cours de justice, le public perdrait vite confiance dans le pouvoir judiciaire, le droit et l’administration de la justice. Bien que le droit de la preuve en matière pénale exclue souvent des éléments de preuve pertinents afin de préserver l’intégrité du processus judiciaire, il est difficile d’admettre que les tribunaux puissent jamais rendre la justice en se fondant volontairement sur des faits inexacts.

En autorisant en l’espèce le contre-interrogatoire proposé, le juge du procès n’a pas méconnu le conflit entre, d’une part, le préjudice causé à l’accusé par la mention du plaidoyer de culpabilité de Trudel et, d’autre part, la règle qui permet de mettre à l’épreuve la crédibilité d’un témoin expert relativement au fondement de son opinion. En exerçant sa discrétion pour déterminer si la question envisagée était appropriée, le juge du procès a, selon moi, adéquatement tenu compte des intérêts de l’accusé et de ceux du processus judiciaire. Ne lui a pas échappé le fait que le témoignage de M. Watt ne serait pas présenté par suite de sa décision. Il savait que sa décision privait l’appelant de l’un de deux témoignages d’experts sur lesquels il croyait appuyer sa défense. De plus, dans l’exercice de sa discrétion, le juge du procès a conclu qu’il n’en résulterait pas de préjudice indu pour

effect on the accused in the circumstances of this case. In the judge's assessment, if the evidence of Dr. Watt were put forward by the defence, it would be necessary to allow the jury to be in a position to attach the appropriate weight to his testimony. On the whole, I agree with this assessment and I am of the view that the trial judge committed no reversible error of law, having exercised his discretion judicially and judiciously.

Charge Respecting Planning and Deliberation

With respect to the second issue, the appellant makes a threefold submission. First, he submits that the trial judge erred in incorporating by reference, as evidence relevant to planning and deliberation on the part of the appellant, the judge's general review of the Crown's evidence, including evidence that the murder was intentional on the part of Trudel. Second, the appellant also contends that the trial judge erred in failing to point out to the jury that the facts were equally consistent with a planned and deliberate robbery as with a planned and deliberate murder. The error, in this view, lies in the possibility that there was a planned and deliberate robbery, but not a planned and deliberate murder. Third, the appellant argues that the trial judge failed to properly instruct the jury with respect to the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation. Specifically, he contends that the trial judge should have instructed the jury to consider that the accused may have acted compulsively because of alcohol consumption.

The first submission is without merit. In this case, much of the evidence of planning and deliberation overlapped with the evidence of intent on the part of Trudel. Indeed, as noted by the trial judge in his charge:

You will remember my instructions on aiding or abetting. I have reviewed some of the evidence with you from which planning and deliberation may be inferred on the part of both Trudel and the accused, and I don't propose to repeat the events at the Brunswick Hotel, for example, and following.

l'accusé dans les circonstances de l'espèce. Selon l'évaluation du juge, si le témoignage de M. Watt était présenté en défense, il fallait permettre au jury d'être en mesure d'en apprécier la valeur probante. Dans l'ensemble, je suis d'accord avec cette évaluation et je suis d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit donnant lieu à réformation: il a exercé sa discrétion judiciairement et judicieusement.

L'exposé au jury relativement à la préméditation

En ce qui concerne la deuxième question en litige, l'appellant présente un argument à trois volets. En premier lieu, il soutient que le juge du procès a commis une erreur en incorporant, à titre de preuve pertinente quant à la préméditation de l'appellant, la revue générale par le juge de la preuve du ministère public, dont la preuve selon laquelle le meurtre était intentionnel de la part de Trudel. En deuxième lieu, l'appellant prétend également que le juge du procès a commis une erreur en ne signalant pas au jury que les faits étaient tout aussi compatibles avec un vol prémédité qu'avec un meurtre prémédité. Sur ce plan, l'erreur tiendrait au fait qu'il pouvait y avoir vol avec préméditation sans meurtre avec préméditation. En troisième lieu, l'appellant soutient que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives appropriées quant à l'importance de la consommation de boissons alcooliques en relation avec la préméditation. Plus précisément, il soutient que le juge du procès aurait dû dire au jury de tenir compte du fait que l'accusé avait pu agir de façon compulsive en raison de sa consommation d'alcool.

Le premier argument n'est pas fondé. En l'espèce, une large part de la preuve concernant la préméditation recoupait la preuve relative à l'intention de la part de Trudel. En fait, ainsi que le juge du procès l'a fait observer dans son exposé au jury:

[TRADUCTION] Vous vous rappellerez de mes instructions au sujet de l'aide et de l'encouragement. J'ai examiné avec vous certains éléments de la preuve dont on peut déduire qu'il y a eu préméditation tant de la part de Trudel que de celle de l'accusé, et je n'ai pas l'intention de reprendre le déroulement des événements survenus à l'hôtel Brunswick, par exemple, et par la suite.

Then there is evidence from which it can be inferred that the crime was committed seven miles or better from downtown London, depending upon the route that you follow, and it took place at the dead end of the Town Line Road, in a fairly secluded area.

It does not follow, however, that the trial judge is under a duty to repeat all the specific elements of evidence already outlined in connection with the instructions respecting aiding and abetting. The evidence could equally give rise to an inference that the accused planned and deliberated the murder with Trudel. For instance, the evidence adduced by the Crown tended to show that after taking a steel stake from a construction site near the Brunswick Hotel, the accused together with Trudel got into the taxicab driven by McCart. Such evidence is consistent with either a finding that the accused aided or abetted Trudel or that the accused planned and deliberated the murder with Trudel. As noted by Dickson C.J. in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 689:

Much of the Crown evidence was consistent with either Crown theory It is not incumbent on a trial judge to go through the evidence in a repetitive fashion which could only have bored the jury. Nor do I think we should assume jurors are so unintelligent that they will fail to see the obvious [Emphasis in original.]

Turning now to the second submission, like the Court of Appeal, I believe that, with respect to first degree murder, the charge makes it "clear that the planning and premeditation must relate to the intentional killing and not just to the robbery." The following portion of the charge illustrates this point very well:

For the purpose of this case, murder is first degree murder only if it is planned and deliberate. The Crown must satisfy you beyond a reasonable doubt both that the murder was planned and that it was deliberate on the part of both Trudel and the accused before it is first degree murder.

The Crown must satisfy you that the accused intended to aid or abet the commission of a planned and deliberate murder as distinct from having an intention to aid or abet only murder.

Il y a aussi des éléments de preuve dont on peut déduire que le crime a été commis à sept milles ou plus du centre-ville de London, selon l'itinéraire que vous empruntez, et il a eu lieu dans l'impasse du chemin Town Line, dans un endroit assez isolé.

Il ne s'ensuit pas cependant que le juge du procès soit tenu de répéter tous les éléments de preuve déjà exposés en ce qui a trait aux directives concernant la complicité. La preuve pouvait également permettre de déduire que l'accusé avait prémédité le meurtre avec Trudel. Par exemple, la preuve présentée par le ministère public tendait à établir que, après avoir ramassé un piquet d'acier sur un chantier de construction près de l'hôtel Brunswick, l'accusé ainsi que Trudel étaient montés dans le taxi conduit par McCart. Ces éléments de preuve sont tout aussi compatibles avec la conclusion que l'accusé a aidé ou encouragé Trudel qu'avec la conclusion que l'accusé avait prémédité le meurtre avec Trudel. Comme le disait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 689:

De nombreux éléments de preuve du ministère public sont compatibles avec l'une ou l'autre de ses thèses [. . .] Il n'incombe pas au juge du procès d'examiner les éléments de preuve d'une manière répétitive qui aurait seulement pour effet d'ennuyer le jury. Je ne crois pas non plus que nous devrions présumer que les jurés ne sont pas suffisamment intelligents pour voir ce qui est évident . . . [Souligné dans l'original.]

Quant au deuxième argument, tout comme la Cour d'appel, je crois que, en ce qui concerne le meurtre au premier degré, l'exposé au jury précisait [TRADUCTION] «que la préméditation doit se rapporter au meurtre intentionnel et non pas seulement au vol». Le passage suivant de l'exposé au jury illustre très bien ce point:

[TRADUCTION] Aux fins de la présente affaire, il s'agit d'un meurtre au premier degré uniquement s'il était prémédité. Le ministère public doit vous convaincre hors de tout doute raisonnable que le meurtre était prémédité et qu'il a été commis délibérément par Trudel et par l'accusé, pour que ce soit un meurtre au premier degré.

Le ministère public doit vous convaincre que l'accusé a eu l'intention d'aider ou d'encourager à la perpétration d'un meurtre avec préméditation, ce qui est différent d'avoir l'intention d'aider ou d'encourager à la perpétration d'un meurtre.

By way of summary, on first degree murder, before you can convict the accused of first degree murder, you must be satisfied beyond a reasonable doubt of the following:

2. That the accused and Trudel planned and deliberated to kill a taxi driver, which turned out to be McCart.

These instructions leave no room for any possibility that a reasonable jury could have found first degree murder on something less than planning and deliberation with respect to murder.

The third and final submission, regarding the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation, is also without merit. In the trial judge's charge, the evidence of alcohol consumption was properly brought to the jury's attention:

I would like to deal now with the question of drunkenness. Evidence has been given that the accused and Trudel had consumed alcoholic beverages at the Brunswick Hotel commencing, I believe, at about 7:00 in the evening and continuing until the early hours of October 20th. There is not much direct evidence relating to Trudel's condition as a result of drinking. As to Howard, Henry, the witness, Henry, said that "Howard was in as good a shape as I was and appeared to be or was aware of what was going on".

The witness, Katool, was drinking as well, of course. He testified that the accused was drinking steadily but did not have any difficulty in understanding what was being said.

On October the 29th, Howard, the accused, gave a statement to O.P.P. officer, McCurdy, to the effect that he was intoxicated that night, and he also informed his parole officer that he was intoxicated. Howard testified on this point, said he was drinking all evening and was feeling good but he was able to control himself, and that in cross-examination he said that he was responsible for what he did and was aware of what was going on around him.

Later in his charge, the judge instructed the jury as to what degree of drunkenness was relevant in assessing planning and deliberation:

In considering whether the murder was planned and deliberate, you should consider all the circumstances,

En bref, dans le cas d'un meurtre au premier degré, avant de pouvoir déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable de ce qui suit:

2. Que l'accusé et Trudel ont prémédité de tuer un chauffeur de taxi, qui s'est avéré être McCart.

Ces directives ne laissent à un jury raisonnable aucune possibilité de conclure à un meurtre au premier degré s'il n'y avait pas préméditation.

Le troisième et dernier argument, qui concerne l'importance de la consommation d'alcool en matière de préméditation, est également sans fondement. Dans l'exposé du juge au jury, la preuve de la consommation d'alcool a été suffisamment portée à l'attention du jury:

[TRADUCTION] Je voudrais maintenant aborder la question de l'ivresse. Il a été prouvé que l'accusé et Trudel avaient consommé des boissons alcooliques à l'hôtel Brunswick depuis, je crois, environ 19 h, jusqu'aux petites heures le 20 octobre. Il n'y a pas beaucoup d'éléments de preuve directs quant à l'état dans lequel se trouvait Trudel par suite de la consommation d'alcool. Dans le cas de Howard, Henry, le témoin Henry, a dit que «Howard était en aussi bonne forme que moi et semblait être ou était conscient de ce qui se passait».

Le témoin Katool buvait aussi, naturellement. Il a témoigné que l'accusé avait bu pendant toute la soirée mais n'éprouvait pas de difficulté à comprendre ce qui se disait.

Le 29 octobre, Howard, l'accusé, a déclaré à un agent de la Police provinciale de l'Ontario qu'il était ivre. C'est aussi ce qu'il a dit le même soir à son agent de libération conditionnelle. Howard a témoigné sur ce point, a déclaré qu'il avait bu pendant toute la soirée et qu'il était bien en train mais qu'il savait ce qu'il faisait; en contre-interrogatoire, il a dit qu'il était responsable de ce qu'il avait fait et qu'il était conscient de ce qui se passait autour de lui.

Plus tard dans son exposé, le juge a donné au jury des directives quant au degré d'ivresse pertinent pour déterminer s'il y avait eu préméditation:

[TRADUCTION] Pour déterminer si le meurtre a été prémédité, vous devez tenir compte de toutes les circons-

not only the actions of the accused and Trudel, but the question, again, of drunkenness. Planning and deliberation may be negated [*sic*] by drunkenness that falls short of the incapacity to form the intent required to constitute murder on the part of both Trudel and [Howard]. That is, a lesser degree of drunkenness may negative [*sic*] planning and deliberation.

I am satisfied that these instructions were sound. On the evidence as summarized by the trial judge, there is no likelihood that any reasonable jury could have found that the state of drunkenness of the accused was such that he may have acted compulsively because of alcohol consumption. In pointing out to the jury that drunkenness falling short of the incapacity to form the intent to kill might negate planning and deliberation, the trial judge satisfied the main requirement defined by this Court in *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471, at pp. 476-77. I fully concur with the findings of the Court of Appeal in this respect and would adopt as my own the following words of Cory J.A. (at pp. 557-58):

Certainly if the trial judge did instruct the jury that drunkenness may render the accused *incapable* of planning and deliberating then he must take the second step. He should continue and advise the jury that even if they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was capable of the requisite planning and deliberation, the consumption of alcohol must still be taken into account as a relevant factor in determining whether or not the accused did, in fact, plan and deliberate the killing.

Where, as here, the evidence from the accused as well as other witnesses indicated that although he was "feeling good" he was in full control, there could not be any question that the consumption of alcohol rendered him *incapable* of planning and deliberation. It was therefore necessary to direct the jury only that the consumption of alcohol along with all the other surrounding circumstances was to be taken into account in determining whether or not the accused did in fact plan and deliberate upon the killing of the victim. It was also necessary for the trial judge to point out that a lesser degree of drunkenness than might be required to negative [*sic*] the intent to kill may negative [*sic*] planning and deliberation. The charge here complied with these requirements. The instructions set out earlier constituted a clear direction to the jury with regard to the effect the accused's alcohol consumption might have upon the aspect of

tances, non seulement des actes de l'accusé et de Trudel, mais aussi de la question, encore une fois, de l'ivresse. La préméditation peut être neutralisée par un état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention requise pour constituer un meurtre de la part de Trudel et de [Howard]. C'est-à-dire qu'un état d'ivresse moins avancé peut neutraliser la préméditation.

Je suis d'avis que ces directives sont correctes. Compte tenu de la preuve telle que résumée par le juge du procès, il n'est pas vraisemblable qu'un jury raisonnable ait pu conclure que l'état d'ébriété de l'accusé était tel que celui-ci avait pu agir de façon compulsive en raison de sa consommation d'alcool. En signalant au jury que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer pouvait neutraliser la préméditation, le juge du procès a satisfait à la principale condition définie par notre Cour dans l'arrêt *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471, aux pp. 476 et 477. Je souscris entièrement aux conclusions de la Cour d'appel à cet égard et à ce que dit le juge Cory (aux pp. 557 et 558):

[TRADUCTION] Il est certain que, si le juge du procès a donné au jury des directives selon lesquelles l'état d'ivresse peut rendre l'accusé *incapable* de préméditation, il devait passer à la deuxième étape. Il devait informer alors les jurés que, même s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé était capable de la préméditation requise, la consommation de boissons alcooliques devait encore être prise en considération comme facteur pertinent pour déterminer si l'accusé a effectivement prémédité ou non le meurtre.

Lorsque, comme en l'espèce, les éléments de preuve obtenus de l'accusé ainsi que d'autres témoins indiquaient que, bien qu'il fût «bien en train», il savait ce qu'il faisait, il ne saurait être question que la consommation de boissons alcooliques l'ait rendu *incapable* de préméditation. Il était donc nécessaire de donner au jury seulement des directives selon lesquelles la consommation de boissons alcooliques, en plus de toutes les autres circonstances devait être prise en considération pour déterminer si l'accusé avait effectivement prémédité ou non le meurtre de la victime. Le juge devait également signaler qu'un degré moindre d'ivresse moins élevé que celui qui serait requis pour neutraliser l'intention de tuer, peut neutraliser la préméditation. L'exposé au jury en l'espèce respecte ces exigences. Les directives mentionnées constituent des instructions claires au jury en ce qui concerne l'effet que la consommation d'alcool par

planning and the deliberation of the killing. [Emphasis in the original.]

Reasonableness of the Verdict

This issue was not argued forcefully by the appellant in his pleadings before us. In allowing the appeal from the appellant's conviction of first degree murder in his first trial with Trudel, the Court of Appeal, in a judgment delivered by Howland C.J.O., dealt with an identical argument in the following way (*R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, at p. 405):

It was contended by counsel for Howard that the verdict of the jury was unreasonable and was not supported by the evidence. In my opinion, after reviewing all the evidence, it could not be said that the verdict was one that a properly instructed jury acting judicially could not reasonably have rendered. In reaching this conclusion I have particularly borne in mind the following facts:

- (a) The appellants were admittedly together from the time when they left the Brunswick Hotel until after 5:00 a.m. in October 20, 1979.
- (b) There was expert evidence which, if accepted, identified footprints where the body was found as those of Trudel.
- (c) The appellants were seen counting and dividing money about 5:00 a.m. on October 20, 1979.

There, as here, it was incumbent upon the appellant to establish that the verdict is not "one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered" (*R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185). In my view, having regard to the facts set out in the judgment of the Court of Appeal, the appellant has failed to discharge this burden.

Failure to Put the Theory of the Defence to the Jury

The theory of the defence was outlined at the outset of the charge to the jury:

I have stated the theory of the Crown. The theory or position of the defence is that he did not, and by inference neither did Trudel because Trudel was with him at all times, that he did not, nor did Trudel, participate in any way in the killing of McCart. That is,

l'accusé pouvait avoir sur l'aspect préméditation du meurtre. [Italiques dans le texte original.]

Le caractère raisonnable du verdict

L'appelant n'a pas insisté sur ce point dans sa plaidoirie devant notre Cour. En accueillant l'appel interjeté par l'appelant contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré à la suite de son premier procès avec Trudel, la Cour d'appel, dans un jugement rendu par le juge en chef Howland de l'Ontario, a traité d'un argument similaire de la façon suivante (*R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, à la p. 405):

- [TRADUCTION] L'avocat de Howard a prétendu que le verdict du jury n'était pas raisonnable et n'était pas étayé par la preuve. À mon avis, après examen de la totalité de la preuve, on ne peut pas dire que le verdict était l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit de façon judiciaire n'aurait pu raisonnablement rendre. Pour aboutir à cette conclusion, j'ai tout particulièrement tenu compte des faits suivants:
- a) Il était admis que les appelants étaient ensemble depuis leur départ de l'hôtel Brunswick jusqu'à 5 h le 20 octobre 1979.
 - b) Il y avait le témoignage de l'expert qui, s'il était admis, identifiait les empreintes de pieds relevées à l'endroit où se trouvait le corps comme étant celles de Trudel.
 - c) Les appelants ont été vus en train de compter et de se partager de l'argent vers 5 h le 20 octobre 1979.

À ce moment-là, comme en l'espèce, il incom-
g «l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit de façon judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (*R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 185). À mon avis, compte tenu des faits exposés dans le jugement de la Cour
h d'appel, l'appelant ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve.

L'omission de présenter au jury la thèse de la défense

La thèse de la défense a été exposée au début de l'adresse au jury:

- [TRADUCTION] J'ai formulé la thèse de la poursuite. Selon la thèse ou la position de la défense, il n'a
j participé d'aucune façon au meurtre de McCart, et par déduction Trudel non plus car celui-ci se trouvait avec lui à tout moment. C'est-à-dire qu'ils étaient ensemble à

they were together at the Brunswick Hotel and thereafter. It is the position of the defence that they were together at all times at Lambeth or going from Lambeth to London. And, of course, I will deal with that more fully later.

Later in the charge, the trial judge stated once again the position of the defence:

Now it is the position or theory of the accused that he was somewhere else at the time this offence was committed and, therefore, it could not have been him that did it and that he did not participate in any way in the killing of McCart. It was what is called an alibi defence. I want to instruct you that there is no onus on the accused to establish this defence. Rather, the burden is on the Crown to prove to your satisfaction beyond a reasonable doubt that the accused was a party to the killing of McCart and that he committed the offence which is alleged, or one of the included offences. So, when I am discussing the defence of alibi, I want you to keep in mind that the accused is not required to come into this court and establish that defence. If, after a consideration of all the evidence you have a reasonable doubt whether or not the accused was a party to the killing of McCart, you must find him not guilty.

The trial judge then reviewed in great detail the evidence given by the accused. I am satisfied that the theory and evidence of the defence were adequately put to the jury.

Conclusion

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Toronto.

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

l'hôtel Brunswick et par la suite. La défense soutient qu'ils étaient ensemble à tous moments à Lambeth ou durant le trajet de Lambeth à London. Et, naturellement, je traiterai de ce point plus en détail plus tard.

Plus loin dans son adresse, le juge du procès a exposé de nouveau la thèse de la défense:

[TRADUCTION] Maintenant l'accusé prétend qu'il se trouvait ailleurs au moment de la perpétration de l'infraction et que, par conséquent, il n'a pas pu la commettre et qu'il n'a participé en aucune façon au meurtre de McCart. C'était ce qu'on appelle une défense d'alibi. Je veux vous signaler que l'accusé n'est pas tenu d'établir cette défense. Plus exactement, c'est à la poursuite qu'il incombe de vous convaincre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a participé au meurtre de McCart et qu'il a commis l'infraction alléguée, ou l'une des infractions comprises. Donc, lorsque je parle de la défense d'alibi, je veux que vous gardiez à l'esprit le fait que l'accusé n'est pas obligé d'établir cette défense devant la Cour. Si, après examen de tous les éléments de preuve, vous avez un doute raisonnable au sujet de la participation de l'accusé au meurtre de McCart, vous devez le déclarer non coupable.

Le juge du procès a ensuite examiné en détail la preuve présentée par l'accusé. Je suis convaincue que la thèse et la preuve de la défense ont été présentées correctement au jury.

Conclusion

Sur le tout, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appellant: Gowling & Henderson, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.