

R.M.G. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. G. (R.M.)

File No.: 24709.

1996: June 20; 1996: October 3.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Trial — Charge to jury — Sexual assault — Defence denying assault and providing both reasons for possible fabrication of accusation and an alibi to some alleged incidents — Trial judge charging jury only with issue of who perpetrated assault — On objection, jury recharged on whether an assault occurred and then on the issue of who perpetrated the alleged assault — Whether charge and recharge adequately dealt with theory of defence.

Trial — Exhortation to jury — Jury hung — Trial judge urging jury to consider the public expense of a new trial, the inconvenience to all participants, the hardship to the accused and the complainant and suggesting that the minority might want to reconsider what the majority were saying — Guilty verdict rendered short time later — Whether exhortation objectionable or improper.

Trial — Verdict — Standard for setting aside verdict — Whether standard with respect to exhortation should be any ground there was a miscarriage of justice (s. 686(1)(a)(iii)) or whether it should focus on whether an error of law was committed (s. 686(1)(a)(ii)) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii).

The trial judge in a criminal trial dealing with the alleged sexual assault by a stepfather of his minor step-daughter first charged the jury that the sole issue before them was whether the accused was the perpetrator of the alleged assault. Counsel for the defence objected to the

R.M.G. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. G. (R.M.)

Nº du greffe: 24709.

1996: 20 juin; 1996: 3 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Procès — Exposé au jury — Agression sexuelle — Défense niant l'existence d'une agression et soumettant deux raisons à l'appui d'une possibilité de fabrication d'accusation et un alibi relatif à certains épisodes allégués — Exposé du juge du procès au jury ne portant que sur la question de l'auteur de l'agression — À la suite d'une opposition, nouvel exposé au jury sur la question de l'existence d'une agression et, ensuite, sur la question de l'auteur de l'agression alléguée — L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?

Procès — Exhortation au jury — Jury dans l'impassé — Juge du procès pressant le jury de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et laissant entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires — Verdict de culpabilité rendu peu après — L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?

Procès — Verdict — Norme applicable pour annuler un verdict — La norme applicable à l'exhortation devrait-elle consister à déterminer si, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire (art. 686(1)a)(iii)) ou consister à se demander si une erreur de droit a été commise (art. 686(1)a)(ii))? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(ii), (iii).

Dans une affaire criminelle portant sur une agression sexuelle qu'un beau-père aurait commise sur sa belle-fille mineure, le juge du procès a d'abord donné au jury la directive selon laquelle la seule question qu'il avait à trancher était de savoir si l'accusé était l'auteur de

charge to the jury. The defence had argued during trial that the alleged incidents had been fabricated or imagined by the complainant who saw her environment as being unduly strict and who wanted to live with her natural father. An alibi was also put forward suggesting that the accused was not present when some of the alleged incidents took place. The trial judge recharged the jury instructing them that they had first to determine whether a sexual assault had in fact occurred.

The jury deliberated and the next day sent the judge a message that they had reached an impasse. The trial judge recalled them and urged them to consider the public expense of a new trial, the inconvenience which a new trial would cause to all participants and the hardship to the accused and the complainant that a new trial would engender and suggested that the minority might want to reconsider what the majority were saying. The jury returned a guilty verdict 15 minutes later. The verdict was upheld on appeal.

The issues argued before this Court dealt with: (1) the adequacy of the charge and subsequent recharge as they dealt with the theory of the defence; (2) the appropriateness and propriety of the exhortation to the jury; and (3) the standard to be applied in setting aside the verdict.

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

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In the course of giving directions to a jury, the trial judge must outline the defence theory and refer the jury to its essential elements in a way that will ensure the jury's proper appreciation of the evidence. The original charge clearly took away the defence as it assumed that the sexual assault had occurred. The test for review in a recharge must be whether there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury. Here, the recharge was sufficient to rectify the error committed in the original charge.

The sole task of a jury is to reach a verdict based exclusively on the evidence presented. The sturdy independence of jurors may be overcome and unanimity compelled by a judge's suggesting irrelevant factors for consideration or by a judge's exerting unwarranted pressure. In those circumstances, the verdict may no longer

l'agression alléguée. L'avocat de la défense s'est opposé à cette directive au jury. La défense avait fait valoir, au cours du procès, que les incidents allégués avaient été inventés ou imaginés par la plaignante, qui jugeait son environnement trop strict et souhaitait aller vivre avec son père biologique. On avait également soumis un alibi indiquant que l'accusé était absent lorsque certains épisodes en question seraient survenus. Le juge du procès a fait un nouvel exposé aux jurés, dans lequel il leur a dit qu'ils devaient d'abord déterminer si une agression sexuelle avait effectivement été commise.

Les jurés ont délibéré et, le lendemain, ils ont fait parvenir au juge un message indiquant qu'ils étaient dans l'impasse. Le juge du procès les a rappelés et les a pressés de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et a laissé entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. Quinze minutes plus tard, les jurés rendaient un verdict de culpabilité qui a été confirmé en appel.

Les questions débattues devant notre Cour concernaient (1) le caractère adéquat de l'exposé au jury et du nouvel exposé qui a suivi relativement à la thèse de la défense, (2) le caractère approprié et la justesse de l'exhortation au jury, et (3) la norme à appliquer pour annuler le verdict.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Lorsqu'il donne des directives au jury, le juge du procès doit résumer la thèse de la défense et en mentionner les éléments essentiels de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve. Dans son premier exposé au jury, le juge du procès a nettement écarté l'argument de la défense, étant donné qu'il a tenu pour acquis qu'il y avait eu agression sexuelle. Le critère d'examen d'un nouvel exposé doit être de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que la directive erronée du juge du procès ait induit le jury en erreur. En l'espèce, le nouvel exposé était suffisant pour corriger l'erreur commise dans le premier exposé.

Le jury a pour unique tâche de parvenir à un verdict fondé exclusivement sur la preuve présentée. L'indépendance résolue des jurés peut être ébranlée et leur unicité forcée par le juge qui leur propose de prendre en considération des facteurs non pertinents ou qui exerce sur eux une pression injustifiée. Dans ces circonstances,

be based on a reasoned approach to the evidence. The exhortation given to an apparently deadlocked jury must therefore be delicately balanced and carefully crafted and must encourage the jurors to endeavour to reach a verdict by reasoning together. The purpose of the exhortation is to assist the process of deliberation, not to influence the content of the jury's discussion. To suggest that a deadlocked jury take into account factors such as the expense, and the inconvenience occasioned by a new trial, or the hardship caused to the participants when a trial is left unresolved, or to consider carefully only the position of the majority and not the minority, introduces pressures and factors which are completely irrelevant to the jurors' duties and therefore inappropriate in an exhortation.

The following principles can be derived from the jurisprudence. (1) Pursuant to their oath, jurors must endeavour to render a verdict based upon the evidence which has been adduced before them. (2) The strength and genius of trial by jury is that members of the community reason together to reach a verdict based solely upon the evidence. (3) A jury must therefore be allowed to deliberate without any form of pressure being imposed upon them. (4) If a jury has apparently reached an impasse, any exhortation should avoid introducing factors which are extraneous and irrelevant to the task of reaching a verdict, and should not encourage a juror, by referring to these factors, to abandon an honestly held view of the evidence. The exhortation must not interfere with the right of jurors to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressure. (5) A juror should not be encouraged or exhorted to change his or her mind simply for the sake of conformity. (6) A deadline for reaching a verdict should not be imposed and a jury should never be rushed into returning a verdict.

The reference to expense and inconvenience should not have been referred to in the exhortation. It introduced an irrelevant, extraneous factor into the jury's deliberations and was coercive in that it would make the minority feel that they had to agree with the majority. This factor is a significant one and would influence a juror to disregard the oath and arrive at a verdict based on factors other than the evidence produced during the trial. The error could not be cured and was sufficient in itself to warrant a new trial. Other aspects of this exhortation lead to the same result.

il se peut que le verdict ne soit plus fondé sur une façon raisonnée d'aborder la preuve. L'exhortation adressée à un jury qui paraît être dans l'impasse doit donc être finement dosée et soignée, et doit encourager les jurés à s'efforcer de rendre un verdict en raisonnant ensemble. L'exhortation a pour objet d'aider le jury dans ses délibérations et non pas d'influer sur le contenu de ses discussions. Proposer que les membres d'un jury dans l'impasse prennent en considération des facteurs comme le coût et les inconvénients d'un nouveau procès, ou les difficultés qu'un procès inachevé causerait aux participants, ou encore qu'ils n'examinent attentivement que le point de vue de la majorité et non celui de la minorité, fait intervenir des pressions et des facteurs qui n'ont absolument rien à voir avec les fonctions de juré et qui n'ont donc pas leur place dans une exhortation.

Les principes suivants peuvent être dégagés de la jurisprudence. (1) Conformément à leur serment, les jurés doivent s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve qui leur a été soumise. (2) Le procès devant jury tire sa force et son mérite du fait que des membres de la collectivité raisonnent ensemble dans le but de parvenir à un verdict fondé uniquement sur la preuve. (3) Le jury doit donc pouvoir délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. (4) Dans le cas où un jury est apparemment dans l'impasse, toute exhortation doit éviter de faire intervenir des considérations extérieures qui n'ont rien à voir avec la tâche de parvenir à un verdict, et d'encourager un juré à abandonner sa perception sincère de la preuve, en faisant référence à ces considérations. L'exhortation ne doit pas empêcher sur le droit des jurés de délibérer en toute liberté sans être influencés par des pressions extérieures. (5) Un juré ne doit pas être encouragé ou exhorté à changer d'avis par simple souci de conformité. (6) Aucune échéance pour parvenir à un verdict ne doit être imposée et le jury ne doit jamais être pressé de rendre son verdict.

Le coût et les inconvénients n'auraient pas dû être mentionnés dans l'exhortation. Cette mention a introduit un facteur extérieur et non pertinent dans les délibérations du jury, et elle était coercitive en ce sens qu'elle faisait sentir aux jurés minoritaires qu'ils devaient se mettre d'accord avec la majorité. C'est un facteur important qui inciterait un juré à faire abstraction du serment prêté et à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve soumise au procès. L'erreur commise ne pouvait pas être corrigée et elle était suffisante en soi pour justifier un nouveau procès. D'autres aspects de cette exhortation mènent à la même conclusion.

The reference to a possible benefit accruing to the accused and witnesses if a verdict could be reached has been correctly disapproved. With respect to the complainant, such a reference may encourage what could be an inappropriate sympathetic influence into the reasoning process of the jurors, particularly at this stage of the proceedings. With regard to the accused, the reference may be misleading since a guilty verdict as a result of the exhortation is not in the accused's best interest.

The mere suggestion that a juror should listen to fellow jurors may not be, in itself, improper. No suggestion should be made, however, that a juror should abandon his or her honestly held view in favour of the majority position. Such a direction could well be construed as an encouragement to the dissentient minority to fall in with the majority while continuing to disagree with their views. A trial judge would better avoid putting the situation in confrontational terms of opposing sides and instead appeal to the individual jurors to once again reason together. Any such a suggestion must state that both sides should listen to each other and consider the opinions of others.

The twice repeated reminder by the trial judge that the jurors should not betray their oath may have reduced the effect of the erroneous exhortation. Nonetheless, the cumulative effect of the errors would have had a coercive effect upon the jurors. The speed with which the jury reached its verdict after the exhortation clearly indicated the significance the jury attached to the trial judge's exhortation and demonstrated a coercive impact on the minority who had obviously been unmoved by the majority's arguments.

Errors of law made in the course of an exhortation should be treated no differently from errors committed in any other part of the instructions to the jury, or during the trial. Not every improper reference in an exhortation will lead to a new trial. Instead, the exhortation must be viewed as a whole and in the context of the proceedings. The length of the deliberations, the nature of the question asked by the jury, and the length of the deliberations following the exhortation are all relevant. In considering all of these factors, an appellate court must determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in complete freedom from extraneous considerations or pressures, or caused a juror to concur with a view that he or she did not truly

La mention d'un avantage que pourraient éventuellement tirer l'accusé et les témoins si un verdict pouvait être prononcé a été désapprouvée à juste titre. En ce qui concerne le plaignant, une telle mention peut incorrectement susciter un sentiment de sympathie dans le processus de raisonnement des jurés, particulièrement à ce stade des procédures. Quant à l'accusé, la mention peut être trompeuse, étant donné qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'accusé qu'un verdict de culpabilité résulte de l'exhortation.

Il n'est peut-être pas incorrect en soi de suggérer simplement qu'un juré écoute des collègues jurés. Cependant, il n'y a pas lieu de suggérer qu'un juré abandonne, en faveur de l'opinion de la majorité, son point de vue sincère. Une telle directive pourrait bien être interprétée comme un encouragement apporté à la minorité dissidente à se rallier à la majorité tout en continuant d'être en désaccord avec elle. Il serait préférable que le juge du procès évite de présenter la situation comme une confrontation entre parties opposées et qu'il invite plutôt chacun des jurés à poursuivre le raisonnement avec les autres. Une telle invitation doit préciser que les deux côtés devraient s'écouter mutuellement et examiner leurs opinions respectives.

Le fait que le juge du procès a rappelé, à deux reprises, aux jurés qu'ils ne devaient pas manquer à leur serment peut avoir réduit l'incidence de l'exhortation fautive. Néanmoins, les erreurs commises auraient eu un effet cumulatif coercitif sur les jurés. La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict après l'exhortation indique clairement l'importance que le jury a accordée à cette exhortation et démontre qu'elle a eu un effet coercitif sur la minorité qui était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité.

Les erreurs de droit commises dans une exhortation ne doivent pas être traitées d'une façon différente des erreurs de droit commises dans toute autre directive au jury ou pendant le procès. Toute mention incorrecte dans une exhortation n'entraînera pas nécessairement un nouveau procès. Il faut plutôt considérer l'exhortation dans son ensemble et dans le contexte des procédures. La durée des délibérations, la nature de la question posée par le jury et la durée des délibérations après l'exhortation sont toutes pertinentes. Lors de l'examen de tous ces facteurs, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou empiété sur son droit de délibérer tout à fait librement, en l'absence de considérations ou de pressions extérieures, ou

hold. A suggested form that an exhortation might take was set out.

The trial judge clearly committed errors of law and the accused is entitled to a new trial. Since the exhortation may have improperly coerced the jury to reach a verdict, the verdict would not necessarily have been the same absent the error. The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) could therefore not be applied.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The goal of an exhortation should be to encourage the jurors, if at all possible, to strive to reach an agreement. Jurors should not take into consideration extraneous factors in rendering their judgment and a trial judge should not ask them to. The jury, and the jury alone, is to come to a verdict based solely on the strength of the evidence.

The appellate courts should treat an exhortation in a manner similar to that for reviewing charges to the jury and should refrain from interfering absent a clear error bringing the validity of the verdict into question. An exhortation is not an inflexible blueprint but rather must be tailored to a particular jury. Its nature will depend on a number of factors, including the length and complexity of the trial and the events that warranted the trial judge's attention. The effect of the entire exhortation, as opposed to one particular reference, should be considered in determining whether an exhortation was coercive.

The reference to the expense of trials, even when noted as not being a particularly important factor, is generally best avoided. References of this sort might suggest that the jury should consider something other than the evidence before it. Such reference is not automatically an error of law and whether it is fatal depends very much upon the circumstances. It is not *prima facie* coercive in that it is generally neutral and does not ask the jury to convict.

With regard to the reference that a verdict might be of benefit to both the accused and to the complainant, it was inconsequential and in the middle of a lengthy exhortation. It could not be said to have influenced the jury's deliberative process. This factor has only been found to prejudice the jury's deliberative process when

encore qu'elles aient amené un juré à souscrire à un point de vue qu'il ne partageait pas vraiment. Un modèle d'exhortation a été suggéré.

Le juge du procès a clairement commis des erreurs de droit et l'accusé a droit à un nouveau procès. Étant donné que l'exhortation a pu contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) ne pouvait donc pas s'appliquer.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): L'exhortation devrait viser à encourager les jurés à faire tout leur possible pour parvenir à un accord. Les jurés ne doivent prendre en considération aucun facteur extérieur en rendant leur jugement, et le juge du procès ne doit pas leur demander de le faire. Il appartient au jury, et au jury seul, de parvenir à un verdict sur la seule foi de la preuve présentée.

Les cours d'appel devraient traiter une exhortation de la même manière qu'elles examinent les exposés au jury et elles devraient s'abstenir d'intervenir en l'absence d'une erreur manifeste qui met en question la validité du verdict. Une exhortation ne doit pas s'inspirer d'un modèle rigide, mais doit plutôt être adaptée au jury en présence. Sa nature dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont la durée et la complexité du procès, ainsi que des événements qui méritaient l'attention du juge du procès. Pour déterminer si une exhortation est coercitive, il y a lieu de tenir compte de l'effet de toute l'exhortation, et non pas d'un seul élément particulier.

En général, il vaut mieux éviter de mentionner le coût des procès, même si on prend soin de souligner que ce n'est pas là un élément particulièrement important. Une telle mention pourrait porter à croire que le jury doit prendre en considération autre chose que la preuve qui lui a été présentée. Elle ne constitue pas automatiquement une erreur de droit et ce sont les circonstances qui détermineront en grande partie si elle est fatale ou non. Pareille mention n'a pas, à première vue, d'effet coercitif étant donné qu'elle est généralement neutre et ne consiste pas à demander au jury de rendre un verdict de culpabilité.

La mention que le prononcé d'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante était sans conséquence et se trouvait au milieu d'une longue exhortation. On ne pouvait dire qu'elle avait eu une influence sur les délibérations du jury. Ce n'est que dans les cas où ce facteur a été indûment souligné ou

it has been unduly highlighted or repeated in such a way as to cause sympathy for one of the parties.

The final impugned reference regarded the trial judge's instructions that the minority should listen to the majority. An accused's fair trial interest is only compromised when the trial judge's instruction indicates or implies that the minority should conform its view to that of the majority. Every reference to the minority will not achieve this effect. Each statement should be considered in its proper context and should be examined for its potential effect. Here, the trial judge did not tell the minority that they must revise their decision and any confusion was corrected when the trial judge twice warned the jurors not to abandon their oath and reminded them that the jury need not agree.

The speed with which the jury reached its verdict was not demonstrative of a coercive impact on the minority. This factor is largely dependent upon the circumstances of each case. The language of an exhortation, where it is not inherently coercive, does not become so merely because an early verdict was returned. There is also the alternative possibility that the exhortation had the desired effect.

Not every improper reference in an exhortation should be treated as an error of law. The reference must be examined in the context in which it was made in order to determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in freedom from extraneous considerations. Any errors here were not likely to coerce members of the jury to disregard their oath.

A model exhortation would be desirable to deal with the common occurrence of a jury's being deadlocked, absent other problems. Trial judges must feel free to depart from this formula in situations which require it.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858; *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167; *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C.

réitéré de façon à susciter de la sympathie pour l'une des parties que l'on a conclu qu'il avait nui au processus de délibération des jurés.

La dernière mention attaquée concernait la directive du juge du procès selon laquelle les jurés minoritaires devraient écouter les jurés majoritaires. L'équité du procès d'un accusé n'est compromise que si la directive du juge du procès indique ou sous-entend que les jurés minoritaires devraient se rallier à l'opinion de la majorité. Toute mention des jurés minoritaires n'aura pas nécessairement cet effet. Il y a lieu d'examiner chaque énoncé dans son contexte et d'en analyser l'effet potentiel. En l'espèce, le juge du procès n'a pas dit aux jurés minoritaires qu'ils devaient revenir sur leur décision, et toute confusion qui a pu exister a été dissipée lorsque le juge du procès a prévenu les jurés à deux reprises de ne pas manquer à leur serment et leur a rappelé qu'il n'est pas nécessaire que les membres du jury se mettent d'accord.

La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict ne démontre pas l'existence d'un effet coercitif sur la minorité. Ce facteur dépend largement des circonstances particulières de chaque affaire. Si les termes d'une exhortation ne sont pas coercitifs en soi, ils ne le deviennent pas simplement parce qu'un verdict est prononcé peu après. Il y a aussi l'autre possibilité que l'exhortation ait eu l'effet désiré.

Toute mention incorrecte dans une exhortation ne doit pas nécessairement être traitée comme une erreur de droit. Elle doit être examinée eu égard au contexte dans lequel elle a été faite, afin de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou qu'elles aient empiété sur son droit de délibérer en l'absence de considérations extérieures. Toute erreur qui peut avoir été commise en l'espèce n'était pas susceptible de contraindre des jurés à manquer à leur serment.

Un modèle d'exhortation serait souhaitable pour faire face aux cas fréquents où un jury est dans l'impasse, en l'absence d'autres problèmes. Les juges du procès doivent se sentir libres d'y déroger si nécessaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858; *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167; *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C.

(3d) 184, aff'd [1993] 1 S.C.R. 468; referred to: *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *Penn and Mead's Case* (1670), 6 How. St. Tr. 951; *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52; *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *Black v. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Littlejohn (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338; *R. v. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Jackson*, unreported, C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988; *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81; *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii), (b)(iii).

Criminal Justice Act 1967 (U.K.), 1967, c. 80, s. 1.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "exhort".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81, dismissing an appeal from conviction by Dohm J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

David M. Rosenberg, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

C.C.C. (3d) 184, conf. par [1993] 1 R.C.S. 468; arrêts mentionnés: *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *Penn and Mead's Case* (1670), 6 How. St. Tr. 951; *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52; *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *Black c. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194.

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

R. c. Littlejohn (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338; *R. c. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Jackson*, inédit, C.A., Div. crim. (Angl.), 9 mars 1988; *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81; *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (iii), b(iii).

Criminal Justice Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 80, art. 1.

Doctrine

Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1995, «exhorter».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Dohm siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

David M. Rosenberg, pour l'appelant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

CORY J.— What instructions should be given by the trial judge when the jury indicates that it is deadlocked? That is the important and paramount question that must be resolved in this appeal.

Factual Background

The appellant was charged with sexually assaulting his stepdaughter between April of 1991 and November of 1992 when she was 12 years old. The complainant testified that there were several acts of touching and four or five incidents of forced intercourse which occurred during that time. She was examined by a physician nine days after the last incident. The doctor gave evidence that there was a significant attenuation of the complainant's hymen which strongly indicated that there had been penetration of the vagina on several occasions. He found no indications of violence such as bruising or abrasions, although he did state that any signs of a violent assault might have healed in the intervening time. The defence position was that the situation observed by the doctor could have been caused by early sexual experimentation, and that it was not the result of sexual assaults.

There was testimony which indicated that the complainant believed that she was unduly confined in an overly strict environment and that she wished to leave and live with her natural father. The appellant's defence was that the complainant either fabricated or imagined the incidents of sexual assault in order to get away from what she considered to be an unsatisfactory home. There was, as well, evidence put forward of an alibi which suggested that the appellant was not present when some of the alleged incidents took place.

During his charge to the jury, the trial judge indicated that the sexual assault had been established and that the sole issue for the jury was whether the appellant was the perpetrator. An objection to this direction was taken by counsel for the defence which was acceded to by the trial judge. He recharged the jury and instructed them

LE JUGE CORY — Quelles directives le juge du procès devrait-il donner au jury quand ce dernier fait savoir qu'il est dans l'impasse? C'est la question importante et primordiale à laquelle il faut répondre en l'espèce.

Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir, entre avril 1991 et novembre 1992, agressé sexuellement sa belle-fille alors âgée de 12 ans. La plaignante a témoigné que, durant cette période, elle avait subi plusieurs attouchements et qu'elle avait été forcée, à quatre ou cinq reprises, d'avoir des relations sexuelles. Elle a été examinée par un médecin neuf jours après le dernier épisode. Dans son témoignage, le médecin a affirmé qu'il y avait diminution importante de l'hymen de la plaignante, ce qui indiquait fortement qu'il y avait eu pénétration vaginale à maintes reprises. Il n'a relevé aucune trace d'actes de violence, telle que des contusions ou des écorchures, mais il a cependant affirmé qu'il se pouvait que toute marque laissée par une agression violente ait disparu dans l'intervalle. La défense fait valoir que la situation observée par le médecin pouvait être due à des expériences sexuelles précoce et qu'elle ne résultait pas d'agressions sexuelles.

Certains témoignages ont indiqué que la plaignante croyait qu'elle était confinée dans un environnement trop strict, et qu'elle souhaitait aller vivre avec son père biologique. Pour sa défense, l'appelant a soutenu que la plaignante avait inventé ou imaginé les épisodes d'agression sexuelle dans le but de s'échapper de ce qu'elle considérait comme un foyer décevant. De même, on a soumis en preuve un alibi indiquant que l'appelant était absent lorsque certains épisodes en question seraient survenus.

Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a indiqué que l'existence d'une agression sexuelle avait été établie et que la seule question que le jury avait à trancher était de savoir si l'appelant en était l'auteur. L'avocat de la défense s'est opposé à cette directive. Le juge du procès a fait droit à cette opposition et a fait un nouvel exposé

that they had to determine whether a sexual assault had in fact occurred.

When the recharge was completed, the jury began its deliberations at approximately 2:20 p.m. of the first afternoon. Apart from the time taken for dinner, they continued their deliberations until 9:15 that evening. The following morning, the jury began again to consider their verdict at 9:15 a.m. but shortly before 10:00 a.m. they sent a message to the trial judge indicating that they had arrived at an impasse. The trial judge recalled the jury and urged them to consider the public expense of a new trial, the inconvenience which that would cause to all participants, the hardship to the accused and the complainant that this would engender and suggested that the minority might want to reconsider what the majority were saying. Only 15 minutes later, the jury returned with a verdict of guilty. The appeal taken was dismissed unanimously by the British Columbia Court of Appeal.

Decision Below

Court of Appeal of British Columbia (per McEachern C.J. for the Court) (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81

McEachern C.J. agreed with counsel for the appellant that the trial judge's original charge failed to outline adequately the defence position that the complainant had fabricated her evidence and that she had not been assaulted. He was of the view, at para. 10, that there was at least "some arguable basis for the defence position that no sexual assault had been proven". In his opinion, at para. 13, this error put the case "close to the line". However, he concluded that the recharge fairly and adequately instructed the jury on the issue with the result that this error was not a ground for a new trial.

McEachern C.J. then considered the exhortation. He noted that it included a number of passages that

aux jurés, dans lequel il leur a dit qu'ils devaient déterminer si une agression sexuelle avait effectivement été commise.

Une fois le nouvel exposé terminé, les jurés ont commencé leurs délibérations vers 14 h 20. Sauf pour le temps du souper, ils ont délibéré sans arrêt jusqu'à 21 h 15 ce soir-là. Le matin suivant, les jurés ont recommencé à délibérer à 9 h 15, mais peu avant 10 h, ils ont fait parvenir au juge du procès un message indiquant qu'ils étaient dans l'impasse. Le juge du procès a rappelé les jurés et les a pressés de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et a laissé entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. Seulement 15 minutes plus tard, les jurés rendaient un verdict de culpabilité. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté à l'unanimité.

Juridiction inférieure

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef McEachern, au nom de la cour) (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81

Le juge McEachern était d'accord avec l'avocat de l'appellant pour dire que le juge du procès avait omis, dans son premier exposé au jury, de résumer adéquatement la position de la défense selon laquelle la plaignante avait fabriqué sa preuve et n'avait pas été agressée. Il était d'avis, au par. 10, qu'il y avait au moins [TRADUCTION] «quelque motif discutable à l'appui du point de vue de la défense selon lequel on n'avait prouvé l'existence d'aucune agression sexuelle». Selon lui, au par. 13, cette erreur avait pour effet de situer l'affaire [TRADUCTION] «à la limite». Il a toutefois conclu que, dans son nouvel exposé, le juge du procès avait donné au jury des directives justes et convenables sur la question, de sorte que cette erreur ne justifiait pas la tenue d'un nouveau procès.

Le juge McEachern a ensuite examiné l'exhortation. Il y a relevé de nombreux passages qui

had been judicially disapproved. These included the reference that the jury should consider the public expense involved in a new trial; the suggestion that a verdict might benefit the accused and the suggestion that the minority consider what the majority were saying. However, he found that the trial judge's direction that the jurors were not to betray their oath and that they did not have to agree was sufficient to remedy the defects. He expressed the opinion that the exhortation considered as a whole was not unfavourable to the appellant. Nor, in his opinion, would it have coerced any members of the jury to reach an improper verdict. Essentially, he was of the view that although there were errors in the exhortation, it was saved by the trial judge's reminder to the jury of their oath and the statement made on two occasions that he was not asking them to betray their oath.

avaient déjà été désapprouvés par les tribunaux, dont la mention que les jurés devraient tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, l'idée qu'un verdict pourrait profiter à l'accusé et la proposition que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires. Il a toutefois conclu que la directive du juge du procès selon laquelle les jurés ne devaient pas manquer à leur serment et n'étaient pas tenus de se mettre d'accord était suffisante pour remédier aux vices en question. Il a exprimé l'opinion que, dans son ensemble, l'exhortation n'était pas défavorable à l'appelant et qu'elle n'aurait pas non plus constraint des jurés à rendre un verdict incorrect. Essentiellement, il était d'avis que, même si l'exhortation comportait des erreurs, elle était rachetée par le fait que le juge du procès avait rappelé aux jurés le serment qu'ils avaient prêté, et par le fait qu'il leur avait dit, à deux reprises, qu'il ne leur demandait pas de manquer à ce serment.

Analysis

Issues

Three issues were argued on this appeal.

1. Did the charge and subsequent recharge to the jury adequately deal with the theory of the defence?
2. Was the exhortation to the jury objectionable or improper?
3. Did the Court of Appeal err in the standard it applied for setting aside the verdict?

The Failure to Outline the Position of the Defence

In the course of giving directions to a jury, it is essential that the trial judge outline for them the theory or position of the defence and refer the jury to the essential elements bearing on that defence in such a way that it will ensure the jury's proper appreciation of the evidence. See *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. The original charge of the trial judge very clearly took away the defence

Analyse

Questions en litige

Trois questions ont été débattues dans le présent pourvoi.

1. L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?
2. L'exhortation adressée au jury était-elle répréhensible ou incorrecte?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

Le défaut de résumer la position de la défense

Lorsqu'il donne des directives au jury, il est essentiel que le juge du procès résume la thèse ou la position de la défense et qu'il mentionne les éléments essentiels qui influent sur cette défense de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve. Voir les arrêts *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Dans son premier exposé au jury, le juge du procès a très nettement écarté l'argument

put forward that the complainant had not been sexually assaulted at all and that she had fabricated the entire story. It assumed that the sexual assault had occurred, and left the jury to decide only whether the assailant was the appellant or whether the assault was occasioned by some unidentified person. Like McEachern C.J., I am of the view that this error might have been fatal had it not been adequately corrected in the recharge.

10

The approach that should be taken by appellate courts in reviewing a recharge has recently been set out in *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. In that case, Lamer C.J., writing for the Court, stated at p. 266 that the test for review must be whether "there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury". Here the trial judge, in his recharge, clearly told the jury that while his earlier comments had only been a suggestion on his part, he was in error in putting the issue in those terms. He specifically instructed the jury to disregard his earlier suggestion that a sexual assault had been proven and told them that it was for them to determine whether a sexual assault had in fact taken place. Thus the jury would have understood that they had first to decide whether a sexual assault had occurred and only if satisfied on that point would they then go on to determine whether the Crown had satisfied them that the appellant was responsible for the assault. The recharge was, in my opinion, sufficient to rectify the error committed in the original charge. It follows that this ground of appeal cannot be accepted.

de la défense selon lequel la plaignante n'avait absolument pas été agressée sexuellement et avait inventé toute l'histoire. Il a tenu pour acquis qu'il y avait eu agression sexuelle et n'a laissé au jury que le soin de décider si l'agresseur était l'appelant ou une autre personne inconnue. À l'instar du juge en chef McEachern, je suis d'avis que cette erreur aurait pu être fatale si elle n'avait pas été bien corrigée dans le nouvel exposé.

La méthode que les cours d'appel devraient adopter en examinant un nouvel exposé à récemment été exposée dans *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, où le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour, à la p. 266, que le critère d'examen doit être de savoir s'«il existe une possibilité raisonnable que [la] directive erronée du juge du procès [...] ait induit le jury en erreur». Dans le nouvel exposé qu'il a fait en l'espèce, le juge du procès a clairement dit aux jurés que, bien que ses observations antérieures n'aient été qu'une suggestion de sa part, il avait eu tort de présenter la question de cette façon. Il a expressément demandé aux jurés de ne pas tenir compte de son affirmation antérieure que l'existence d'une agression sexuelle avait été établie et il leur a dit qu'il leur appartenait de déterminer si une agression sexuelle avait été commise. Les jurés auraient donc compris qu'ils devaient d'abord décider s'il y avait eu agression sexuelle et qu'ils auraient ensuite à déterminer si le ministère public les avait convaincus que l'appelant était responsable de cette agression, seulement s'ils étaient persuadés qu'elle avait été commise. Le nouvel exposé était, quant à moi, suffisant pour corriger l'erreur commise dans le premier exposé. Il s'ensuit que ce moyen d'appel ne peut être retenu.

The Jury Exhortation Used in this Case and the Objection Taken to it

11

When the jury informed the trial judge that they were at an impasse, he instructed or exhorted them in these words:

Each of these trials take [sic] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

L'exhortation adressée au jury en l'espèce et l'opposition qu'elle a soulevée

Lorsque les jurés ont informé le juge du procès qu'ils étaient dans l'impasse, celui-ci a formulé les directives et l'exhortation suivantes:

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [sic] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

You are members of the jury in as good a position as any other twelve persons who would be hearing this case to render verdicts in this case.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [sic] able to do so.

Counsel for the appellant submitted that the following three errors are apparent in these instructions. First, there is the improper and unnecessary reference to public expense and inconvenience. The second was the reference to the benefit to all, including the accused, of a verdict being reached. The last but certainly not the least important was the error of the trial judge in suggesting that the minority reconsider what the majority was saying without any reference or suggestion that the majority might equally consider what the minority was putting forward.

The Significance and the Importance of the Jury System in Canada

The jury system is clearly a significant factor in many democratic regimes. This is emphatically true in Canada. It is extremely important to our democratic society that jurors as representatives of

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Vous, les membres du jury, êtes autant en mesure de rendre un verdict, en l'espèce, que douze autres personnes qui entendraient l'affaire.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

L'avocat de l'appelant prétend que les trois erreurs suivantes ont été commises dans ces directives. Premièrement, il y a la mention incorrecte et inutile des dépenses et des inconvénients pour le public. Deuxièmement, il y a la mention de l'avantage d'un verdict pour tous, y compris l'accusé. La dernière erreur, mais certainement pas la moindre, est celle que le juge du procès a commise en proposant que les jurés minoritaires réexaminent les propos des jurés majoritaires, sans mentionner que ces derniers pourraient également examiner ce que les jurés minoritaires avançaient.

L'importance du système du jury au Canada

Le système du jury est clairement un facteur important dans bien des régimes démocratiques. Cela est nettement le cas au Canada. Il est extrêmement important pour notre société démocratique

their community may make the decision as to the guilt or innocence of the accused before the court based solely on the evidence presented to them. There is a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous verdicts. That tradition has taken root and been so well and fearlessly maintained that it has flourished in this country. Our courts have very properly stressed the importance of jury verdicts and the deference that must be shown to those decisions. Today, as in the past, great reliance has been placed upon those decisions. That I think flows from the public awareness that 12 members of the community have worked together to reach a unanimous verdict.

que les jurés, en tant que représentants de leur collectivité, puissent décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé en se fondant uniquement sur la preuve qui leur a été présentée. La tradition des jurys prononçant des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles. Cette tradition s'est enracinée et a été si bien et si audacieusement maintenue qu'elle s'est épanouie ici dans notre pays. Nos tribunaux ont, à très juste titre, insisté sur l'importance des verdicts rendus par un jury et sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de ces décisions. Aujourd'hui, comme par le passé, elles font l'objet d'une grande confiance. Je crois que cela découle de la conscience du public que 12 membres de la collectivité ont travaillé ensemble en vue de rendre un verdict unanime.

¹⁴ In reaching a verdict, jurors have heeded the wisdom of the prophet Isaiah whose advocacy of a reasoned approach to solving problems has echoed through the ages in the moving and memorable words "Come now, and let us reason together . . .": Isaiah 1:18. Of course, it is the great strength and virtue of the jury system that members of the community have indeed come together and reasoned together in order to reach their unanimous verdict. It is truly a magnificent system for reaching difficult decisions in criminal cases. It has proven itself in the centuries past and continues to do so today. Yet, this system is fragile.

Pour parvenir à un verdict, les jurés s'en remettent à la sagesse du prophète Isaïe, dont le plaidoyer en faveur d'une façon raisonnée de régler les problèmes a traversé les âges dans cette formule touchante et mémorable: «Venez donc et discutons . . .»: Isaïe 1:18. Évidemment, la force et le mérite du système du jury découlent du fait que des membres de la collectivité se réunissent et raisonnent ensemble afin de parvenir à un verdict unanime. Ce système est vraiment magnifique pour rendre des décisions difficiles en matière criminelle. Il a fait ses preuves au cours des siècles et continue de le faire aujourd'hui. Cependant, ce système est fragile.

¹⁵ If the process is subjected to unwarranted pressures, or to unnecessary distractions, the delicate reasoning process may be thwarted. The sole task of a jury is to reach a verdict based exclusively on the evidence presented. The sturdy independence of jurors may be overcome and unanimity compelled by a judge's suggestion that irrelevant factors be considered or by the judge's exerting unwarranted pressure. In those circumstances, the verdict may no longer be based on a reasoned approach to the evidence. It follows that the instructions given to an apparently deadlocked jury must be delicately balanced and carefully crafted. If they are not, the jury system as a bulwark of democracy will all too easily be breached. The

S'il est soumis à des pressions injustifiées ou à des distractions inutiles, le délicat processus de raisonnement peut être faussé. Le jury a pour unique tâche de parvenir à un verdict fondé exclusivement sur la preuve présentée. L'indépendance résolue des jurés peut être ébranlée et leur unanimité forcée par le juge qui leur propose de prendre en considération des facteurs non pertinents ou qui exerce sur eux une pression injustifiée. Dans ces circonstances, il se peut que le verdict ne soit plus fondé sur une façon raisonnée d'aborder la preuve. Il s'ensuit que les directives données à un jury qui paraît être dans l'impasse doivent être finement dosées et soignées. Sinon, le système du jury comme rempart de la démocratie ne sera que trop

importance and significance of the instructions or exhortation to an apparently deadlocked jury cannot be overemphasized. The jurors at this stage are tired, probably frustrated and certainly disgruntled. They have given so much of their time and laboured so hard with the difficult issues that they are entitled to a careful and balanced instruction.

The Nature and Aim of an Exhortation

The instructions given to the jury at this stage have been referred to as the exhortation. According to *The Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1989), "exhort" means to "admonish earnestly; urge (person to do, to a course of action)". What an exhortation must do is encourage the jurors to endeavour to reach a verdict by reasoning together. The task of the jury is to determine guilt or innocence on the basis of the evidence which they have heard. Irrelevant and extraneous circumstances should not be introduced into a task which is already fraught with difficulties. To suggest that a deadlocked jury take into account factors such as the expense, and the inconvenience occasioned by a new trial, or the hardship caused to the participants when a trial is left unresolved, or to consider carefully only the position of the majority and not the minority, introduces pressures and factors which are completely irrelevant to their duties as jurors and are therefore inappropriate in an exhortation.

The purpose of a jury exhortation was eloquently expressed by McLachlin J. in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858. She stated at p. 865:

The purpose of an exhortation is to impress on the jury the need to listen to each other and consider each other's views in order to avoid disagreement based on fixed, inflexible perceptions of the evidence that one or other of them may have developed. The purpose of an exhortation is not to suggest to the jury that one view of the evidence may be preferable to another, or that this inference as opposed to that inference should be drawn from the evidence. To put it another way, the focus of the exhortation is the process of deliberation which is the genius of the jury system. An essential part of that process is listening to and considering the views of others. As a result of this process, individual views are modi-

facilement renversé. On ne saurait trop insister sur l'importance des directives ou de l'exhortation adressées à un jury apparemment dans l'impasse. À ce stade du procès, les jurés sont fatigués, probablement frustrés et sûrement mécontents. Ils ont tellement donné de leur temps et ont travaillé si fort sur les questions difficiles qu'ils ont droit à des directives dosées et soignées.

La nature et le but de l'exhortation

Les directives données au jury, à ce stade, sont appelées l'exhortation. Selon *Le Petit Robert 1* (1995), le mot «exhorter» signifie «s'efforcer par des discours persuasifs d'amener qqn à faire quelque chose». L'exhortation doit encourager les jurés à s'efforcer de rendre un verdict en raisonnant ensemble. Les jurés ont pour tâche de décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé en se fondant sur la preuve qu'ils ont entendue. Des circonstances extérieures et non pertinentes ne devraient pas intervenir dans une tâche déjà lourde de difficultés. Proposer que les membres d'un jury dans l'impasse prennent en considération des facteurs comme le coût et les inconvénients d'un nouveau procès, ou les difficultés qu'un procès inachevé causerait aux participants, ou encore qu'ils n'examinent attentivement que le point de vue de la majorité et non celui de la minorité, fait intervenir des pressions et des facteurs qui n'ont absolument rien à voir avec les fonctions de juré et qui n'ont donc pas leur place dans une exhortation.

Dans l'arrêt *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, à la p. 865, le juge McLachlin a éloquemment exposé l'objet de l'exhortation au jury:

L'exhortation vise à faire comprendre aux jurés qu'il est nécessaire d'écouter les opinions exprimées par chacun d'eux et d'en tenir compte afin d'éviter qu'un désaccord naîsse de perceptions de la preuve inébranlables et rigides que l'un ou l'autre d'entre eux peut avoir formées. L'exhortation ne vise pas à laisser entendre au jury qu'une opinion de la preuve peut être préférable à une autre, ni qu'il y a lieu de tirer une conclusion plutôt qu'une autre à partir de la preuve. En d'autres termes, l'exhortation est axée sur le processus de délibération qui caractérise le système du jury. Une partie essentielle de ce processus consiste à écouter les opinions d'autrui et à les prendre en considération. Il permet de changer

fied, so that the verdict represents more than a mere vote; it represents the considered view of the jurors after having listened to and reflected upon each other's thoughts. It is on that process that the exhortation should focus.

In other words, the goal of an exhortation is to assist the process of deliberation as opposed to influencing the content of the jury's discussion. With the importance of the exhortation in mind, let us approach the issue by first reviewing the cases from various jurisdictions which have considered this very problem.

A Review of the Cases Dealing with Jury Exhortations

18

There has always been a strong judicial urge to assist, or indeed in the early days to compel, a jury to reach a verdict. Centuries ago jurors were instructed that they must agree and could not be discharged until they did so. A jury was sequestered in the jury room without food, drink or heat until they reached a verdict. See *Penn and Mead's Case* (1670), 6 Howell's State Trials 951, at pp. 962-966. This dictatorial approach has moderated over the years perhaps owing as much to the sturdy independence of jurors as to the increasing sensitivity of judges. Today, it is beyond question that no measure of coercion will be acceptable.

The United Kingdom

19

In England, an exhortation to a jury was referred to for many years as a *Walhein* direction. It was in *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167, a case arising from a charge of conspiracy to utter forged notes, that the Court of Criminal Appeal approved the following instructions at p. 168:

You are a body of 12 men. Each of you has taken an oath to return a true verdict according to the evidence, but, of course, you have a duty not only as individuals, but collectively. No one must be false to that oath, but in order to return a collective verdict, the verdict of you all, there must necessarily be argument, and a certain amount of give and take and adjustment of views within

des opinions personnelles de sorte que le verdict représente plus qu'un simple vote; il représente l'opinion réfléchie de jurés qui ont écouté les idées de chacun et les ont considérées. C'est sur ce processus que l'exhortation devrait se concentrer.

En d'autres termes, l'exhortation a pour but d'aider le jury dans ses délibérations et non pas d'influencer sur le contenu de ses discussions. Ayant à l'esprit l'importance de l'exhortation, abordons la question en examinant d'abord la jurisprudence des divers pays qui se sont penchés sur ce même problème.

Revue de la jurisprudence traitant de l'exhortation au jury

Les juges ont toujours fortement senti le besoin d'aider, ou même, dans les premiers temps, de forcer le jury à parvenir à un verdict. Il y a des siècles, on disait aux jurés qu'ils devaient se mettre d'accord et qu'ils ne seraient pas libérés avant de l'avoir fait. Les jurés étaient séquestrés dans la salle des jurés, sans rien à manger, à boire ou pour se chauffer jusqu'à ce qu'ils parviennent à un verdict. Voir *Penn and Mead's Case* (1670), 6 Howell's State Trials 951, aux pp. 962 à 966. Cette façon dictatoriale de procéder s'est adoucie au fil des ans, peut-être autant en raison de l'indépendance résolue des jurés que de la sensibilité croissante des juges. De nos jours, il ne fait aucun doute que toute mesure coercitive est inacceptable.

Le Royaume-Uni

En Angleterre, l'expression «directive *Walhein*» a été utilisée, pendant de nombreuses années, pour désigner l'exhortation adressée au jury. Dans l'arrêt *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167, qui portait sur une accusation de complot en vue de mettre en circulation des faux billets, la Court of Criminal Appeal a approuvé la directive suivante, à la p. 168:

[TRADUCTION] Vous êtes un groupe de 12 personnes. Chacun de vous a prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, mais, bien sûr, votre devoir n'est pas seulement individuel, mais collectif. Nul ne doit manquer à ce serment, mais pour pouvoir rendre un verdict collectif, le verdict de vous tous, il doit nécessairement y avoir discussion, certains compromis

the scope of the oath you have taken, and it makes for great public inconvenience and expense if jurors cannot agree owing to the unwillingness of one of their number to listen to the arguments of the rest. Having said that, I can say no more. If you disagree in your verdict in relation to one or other of these men, you must say so.

In reviewing this instruction Lord Goddard observed, at p. 168, that jurors "may talk the matter over, subordinate their views to those of the majority and concur in the verdict". However, this direction was later rejected on the grounds that its use might coerce juries by introducing irrelevant considerations: see *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52.

Later the comments of Lord Denning in *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81 (P.C.), were considered by Canadian courts to be the model for an exhortation direction. In that case the accused faced the charge of murder. Lord Denning, at p. 91, set out the manner in which an exhortation should be given in these words:

[The trial judge] reminds [the jury] that it is most important that they should agree if it is possible to do so: that, with a view to agreeing, they must inevitably take differing views into account; that if any member should find himself in a small minority and disposed to differ from the rest, he should consider the matter carefully, weigh the reasons for and against his view, and remember that he may be wrong; that if, on so doing, he can honestly bring himself to come to a different view and thus to concur in the view of the majority, he should do so, but if he cannot do so, consistently with the oath he has taken, and he cannot bring the others round to his point of view, then it is his duty to differ, and for want of agreement, there will be no verdict.

This form of direction was followed in a number of cases: see *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.); *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (Ont. C.A.); *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (Y.T.C.A.); *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.).

et certains rapprochements de points de vue conformément au serment que vous avez prêté, car cela entraîne des dépenses et des inconvénients importants pour le public lorsque les jurés ne peuvent parvenir à un accord en raison du refus d'un des leurs d'écouter les arguments des autres. C'est là tout ce que je peux dire. Si vous n'êtes pas d'accord avec l'une ou l'autre de ces personnes quant au verdict, vous devez le dire.

En examinant cette directive, lord Goddard a fait observer, à la p. 168, que les jurés [TRADUCTION] «peuvent discuter de la question, se ranger à l'avis de la majorité et souscrire au verdict». Cependant, cette observation a été rejetée ultérieurement pour le motif que son application pourrait avoir un effet coercitif sur un jury en faisant intervenir des facteurs non pertinents: voir *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52.

Par la suite, des tribunaux canadiens ont considéré que les commentaires de lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81 (C.P.), étaient le modèle à suivre en matière d'exhortation. Dans cet arrêt, l'accusé faisait face à une accusation de meurtre. À la page 91, lord Denning a énoncé en ces termes la façon dont l'exhortation devait être effectuée:

[TRADUCTION] [Le juge du procès] rappelle [aux jurés] qu'il est très important qu'ils se mettent d'accord, si cela est possible: que, pour ce faire, ils doivent inévitablement prendre en considération des opinions divergentes; que, si un membre se retrouve en minorité et enclin à ne pas partager l'opinion des autres, il doit examiner la question avec soin, soupeser les avantages et les inconvénients de son point de vue et se rappeler qu'il a peut-être tort; que, si, ce faisant, il peut sincèrement en arriver à un point de vue différent et, par conséquent, à souscrire à l'opinion de la majorité, il doit le faire, mais que, s'il ne le peut pas, conformément au serment qu'il a prêté, et s'il ne peut pas rallier les autres à son point de vue, alors il a le devoir de diverger d'opinion, et, en raison de l'absence d'accord, il n'y aura pas de verdict.

Ce type de directive a été appliquée dans un certain nombre d'affaires: voir *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.); *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (C.A. Ont.); *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (C.A.T.Y.); *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.).

22

However, Lord Denning's suggested directions put forward in *Shoukatallie*, *supra*, were ultimately replaced by the English Court of Criminal Appeal in *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1. That decision was rendered subsequent to the enactment of the *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (U.K.), c. 80. Section 1 of that Act introduced the concept of a majority verdict, but provided that the jury must have had not less than two hours of deliberation before a majority verdict, reached by at least 10 members of the jury, could be accepted. In the *Watson* case, the court stressed the importance of allowing the jury to deliberate without imposing any form of pressure upon it. The *Walhein* direction was criticized for introducing extraneous considerations such as time and expense, and for including suggestions about the possible benefit to the accused if the jury were to reach a unanimous verdict.

New Zealand

23

The New Zealand Court of Appeal undertook a very careful and extensive review of the law pertaining to exhortations in *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46. In that case the accused was charged with sexual violation by rape. The decisions in *Shoukatallie*, *supra*, *Watson*, *supra*, and the Canadian decisions including *Littlejohn*, *supra*, were considered. The New Zealand court then set out what it considered to be the three fundamental factors which must be taken into consideration in the drafting of an acceptable exhortation. Namely, (1) the jurors have a responsibility to accept their duty of endeavouring to give a verdict according to the evidence; (2) that collective deliberation and exchange of views is the essence of the jury system; and (3) that no juror should change his or her mind merely for the sake of conformity or out of submission to pressure by the other jurors.

Canada

24

Canadian courts have also struggled with the problem of the appropriate direction which ought to be given to a jury which appears to be deadlocked. In *Littlejohn*, *supra*, Martin J.A., on behalf of the Ontario Court of Appeal, observed at p. 168 that in exhorting a jury, "the trial Judge must avoid

Cependant, la directive proposée par lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie*, précité, a été ultérieurement remplacée par la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, dans *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1. Cet arrêt a été rendu après l'adoption de la *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (R.-U.), ch. 80. Le premier article de cette loi introduisait le concept du verdict majoritaire, mais prévoyait que le jury devrait avoir délibéré pendant au moins deux heures pour que le verdict majoritaire d'au moins 10 membres du jury puisse être accepté. Dans l'affaire *Watson*, la cour a insisté sur l'importance de permettre au jury de délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. La directive *Walhein* a été critiquée parce qu'elle faisait intervenir des considérations extérieures comme le temps et le coût, et parce qu'on y mentionnait l'avantage que pourrait tirer l'accusé si le jury parvenait à un verdict unanime.

La Nouvelle-Zélande

Dans l'arrêt *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a entrepris un examen très minutieux et approfondi du droit relatif aux exhortations. Dans cette affaire, l'accusé faisait face à une accusation de viol. La cour a examiné les arrêts *Shoukatallie* et *Watson*, précités, de même que des arrêts canadiens, y compris *Littlejohn*, précité. La cour néo-zélandaise a alors énoncé ce qu'elle considérait comme les trois facteurs fondamentaux à prendre en considération pour produire une exhortation acceptable, à savoir: (1) les jurés ont la responsabilité d'accepter leur devoir de s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve, (2) les délibérations collectives et l'échange de points de vue sont l'essence du système du jury, et (3) nul juré ne devrait changer d'avis simplement par souci de conformité ou en raison des pressions exercées par les autres jurés.

Le Canada

Les tribunaux canadiens ont été également aux prises avec le problème de la directive à donner à un jury apparemment dans l'impasse. À la page 168 de l'arrêt *Littlejohn*, précité, le juge Martin, a fait observer au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, que, lorsqu'il exhorte un jury, [TRADUCTION]

language which is coercive, and which constitutes an interference with the right of the jury to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressures". He held, at p. 168, that in determining what was coercive and what was permissible, "the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered".

The reasoning in *Littlejohn, supra*, was followed in *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184, affirmed [1993] 1 S.C.R. 468. In that decision, the Ontario Court of Appeal once again noted that the exhortation should not be given in a manner which tempts a juror to abandon an honestly held view of the evidence by a reference to extraneous matters. It was emphasized that where deadlock occurs a juror should not be encouraged to avoid the oath sworn to bring in an honest verdict based upon the evidence.

Principles to be Derived From These Cases

The following principles can, I believe, be derived from these cases. (1) Pursuant to their oath, jurors must endeavour to render a verdict based upon the evidence which has been adduced before them. (2) The strength and genius of trial by jury is that members of the community reason together to reach a verdict based solely upon the evidence. (3) It follows from the last principle that it is important to allow a jury to deliberate without imposing any form of pressure upon them. (4) If a jury has apparently reached an impasse, any exhortation given should avoid introducing factors which are extraneous and irrelevant to the task of reaching a verdict, and should not encourage a juror, by reference to extraneous considerations or by exerting unwarranted pressures, to abandon an honestly held view of the evidence. The exhortation must not interfere with the right of jurors to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressure. (5) It follows that a juror should not be encouraged or exhorted to change his or her mind simply for the sake of conformity. (6) A deadline for reaching a verdict should not be imposed and a jury should never be rushed into returning a verdict.

«le juge du procès doit éviter d'utiliser un langage coercitif qui constitue un empiétement sur le droit du jury de délibérer tout à fait librement, sans subir des pressions extérieures». Il a statué, à la p. 168, que pour déterminer ce qui est coercitif et ce qui est permis, [TRADUCTION] «il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée».

Le raisonnement adopté dans *Littlejohn*, précité, a été suivi dans l'arrêt *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184, confirmé par [1993] 1 R.C.S. 468. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a de nouveau fait remarquer que l'exhortation ne devrait pas être de nature à tenter un juré d'abandonner sa perception sincère de la preuve, pour des considérations extérieures. La cour a souligné qu'en cas d'impasse un juré ne devrait pas être encouragé à manquer à son serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve.

Les principes à dégager de cette jurisprudence

Selon moi, il est possible de dégager les principes suivants de cette jurisprudence. (1) Conformément à leur serment, les jurés doivent s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve qui leur a été soumise. (2) Le procès devant jury tire sa force et son mérite du fait que des membres de la collectivité raisonnent ensemble dans le but de parvenir à un verdict fondé uniquement sur la preuve. (3) De ce dernier principe découle l'importance de permettre au jury de délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. (4) Dans le cas où un jury est apparemment dans l'impasse, toute exhortation doit éviter de faire intervenir des considérations extérieures qui n'ont rien à voir avec la tâche de parvenir à un verdict, et d'encourager un juré à abandonner sa perception sincère de la preuve, en faisant référence à des considérations extérieures ou en exerçant des pressions injustifiées. L'exhortation ne doit pas empiéter sur le droit des jurés de délibérer en toute liberté sans être influencés par des pressions extérieures. (5) Il s'ensuit qu'un juré ne doit pas être encouragé ou exhorte à changer d'avis par simple souci de conformité. (6) Aucune échéance pour parvenir à un verdict ne doit être imposée et le jury ne doit jamais être pressé de rendre son verdict.

Application of the Principles to this Case

I. Reference to Public Expense and Inconvenience

27

It will be remembered that during the exhortation given in this case, the following references to public expense appeared:

Each of these trials take [sic] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [sic] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

28

In the *Watson* case when disapproving the *Walhein* direction, the Criminal Court of Appeal held that a reference to the expense and inconvenience of a new trial had an undesirable coercive effect and created a potent incentive for the minority to agree with the majority. Without deciding that such a direction would always constitute a form of coercion, the English Court of Appeal put its position in this way at p. 7:

One starts from the proposition that a jury must be free to deliberate without any form of pressure being imposed upon them, whether by way of promise or of threat or otherwise. They must not be made to feel that it is incumbent upon them to express agreement with a view they do not truly hold simply because it might be inconvenient or tiresome or expensive for the prosecution, the defendant, the victim or the public in general if they do not do so.

29

The New Zealand Court of Appeal was even more emphatic in the opinion it expressed in *Accused, supra*. It took the position that such a reference should be avoided. This view was expressed in these words at p. 58:

Application de ces principes à la présente affaire

I. La mention du coût et des inconvénients pour le public

On se souviendra que, dans l'exhortation adressée en l'espèce, les mentions suivantes du coût pour le public ont été faites:

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Dans l'arrêt *Watson*, en désapprouvant la directive *Walhein*, la Court of Criminal Appeal a statué que la mention du coût et des inconvénients d'un nouveau procès avait un effet coercitif peu souhaitable et était susceptible d'inciter les jurés minoritaires à se mettre d'accord avec les jurés majoritaires. Sans décider qu'une telle directive constituerait toujours une forme de coercition, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre exprime son point de vue de la façon suivante, à la p. 7:

[TRADUCTION] Il faut partir du principe que les jurés doivent être libres de délibérer sans être soumis à aucune pression, que ce soit sous forme de promesse, de menace ou autrement. On ne doit pas leur faire sentir qu'il leur incombe de souscrire à un point de vue qu'ils ne partagent pas vraiment, simplement parce que s'ils ne le faisaient pas, cela pourrait être gênant, ennuyeux ou coûteux pour la poursuite, la partie défenderesse, la victime ou le public en général.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a été encore plus catégorique dans l'opinion qu'elle a exprimée dans l'arrêt *Accused*, précité. Elle s'est dite d'avis qu'une telle mention devrait être évitée. Elle s'est exprimée ainsi, à la p. 58:

... a reference to great public inconvenience and expense, even when coupled as in *Walhein* with "if jurors cannot agree owing to the unwillingness of one of their number to listen to the arguments of the rest", is, in our opinion, best avoided. Inconvenience and expense should not be measured against justice.

I am in complete agreement with this finding. The model exhortation devised by the New Zealand Court of Appeal specifically, and correctly in my view, stipulated that jurors should not give in or withdraw from their position merely for the sake of avoiding inconvenience.

In fact, the authorities are unanimous in their condemnation of any reference to such extraneous concerns as inconvenience and expense. See also *Black v. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44 (Aust. H.C.); *Alkerton, supra; Isaac, supra; R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.). In the case at bar, the trial judge not only referred to inconvenience and expense but indicated that it was a factor for the jury's consideration even though he stated that it might not be an important factor.

In my view, the reference to expense and inconvenience introduces an irrelevant, extraneous factor into the deliberations of the jury. It is, as well, coercive in that it is bound to make the minority feel that they must agree with the majority in order to prevent the expense of a new trial and to avoid wasting the cost incurred in the trial in which they have participated. It is a significant factor which would influence a juror to disregard the oath and arrive at a verdict based on factors other than the evidence produced during the trial. It is an element that should not be referred to in an exhortation. Nor do the subsequent references by the trial judge that he was not asking any of the jurors to betray their oath rectify the situation. At the end of the trial, this completely irrelevant and highly coercive element was specifically introduced as a factor to be considered in the jury's deliberations. In my view, the error was such that it could not be cured and it was sufficient in itself to warrant a new trial.

[TRADUCTION] . . . il vaut mieux, selon nous, éviter la mention d'un coût et d'inconvénients importants pour le public, même combinée, comme dans l'arrêt *Walhein*, aux termes «lorsque les jurés ne peuvent parvenir à un accord en raison du refus d'un des leurs d'écouter les arguments des autres». Les inconvénients et le coût ne devraient pas être soupesés en fonction de la justice.

Je suis entièrement d'accord avec cette conclusion. Le modèle d'exhortation conçu par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande précisait, à juste titre, selon moi, que les jurés ne doivent pas renoncer à leur position ou l'abandonner simplement pour éviter des inconvénients.

En fait, la jurisprudence condamne unanimement toute mention de considérations extérieures comme les inconvénients et le coût. Voir aussi les arrêts *Black c. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44 (H.C. Austr.); *Alkerton*, précité; *Isaac*, précité; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.). En l'espèce, le juge du procès a non seulement mentionné les inconvénients et le coût, mais encore il a indiqué que c'était là un facteur que le jury devait prendre en considération, même s'il a ajouté que ce n'était peut-être pas un facteur important.

À mon avis, la mention du coût et des inconvénients introduit un facteur extérieur et non pertinent dans les délibérations du jury. Elle est aussi coercitive en ce sens qu'elle ne manquera pas de faire sentir aux jurés minoritaires qu'ils doivent se mettre d'accord avec la majorité pour éviter le coût d'un nouveau procès et pour empêcher que le coût du procès auquel ils ont participé ne soit réduit à une pure perte. C'est un facteur important qui inciterait un juré à faire abstraction du serment prêté et à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve soumise au procès. C'est une mention qui ne devrait pas figurer dans une exhortation. Les mentions subséquentes du juge du procès, dans lesquelles il a précisé qu'il ne demandait pas aux jurés de manquer à leur serment, ne remédient pas non plus à la situation. À la fin du procès, cet élément sans aucune pertinence et très coercitif a été spécialement présenté comme un facteur qui devait être pris en considération dans les délibéra-

However, there are other aspects of this exhortation which lead to the same result.

33

The exhortation in this case inferred that a verdict might be of benefit both to the accused and to the complainant. It was put forward in this way:

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [sic] able to do so.

34

This type of reference to a possible benefit accruing to the accused and witnesses if a verdict could be reached has also been correctly disapproved. The concern expressed has been twofold. First, with respect to the complainant, it has been held that such a reference may encourage what could be an inappropriate sympathetic influence into the reasoning process of the jurors, particularly at this stage of the proceedings. With regard to the accused, the reference may be misleading since if the result of the exhortation is a verdict of guilty, it is obviously not in the best interest of the accused that a verdict be rendered.

35

The position was put in this way by the New Zealand Court of Appeal in *Accused, supra*, at pp. 58-59:

A specific reference to a further ordeal for the accused seems somewhat out of touch with the likely reality of

tions du jury. À mon avis, cette erreur était telle qu'elle ne pouvait pas être corrigée et elle était suffisante en soi pour justifier un nouveau procès. Il y a cependant d'autres aspects de cette exhortation qui mènent à la même conclusion.

II. The Benefit of a Verdict to the Accused

En l'espèce, on a laissé entendre, dans l'exhortation, qu'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante. Le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

Ce type de mention d'un avantage que pourraient éventuellement tirer l'accusé et les témoins si un verdict pouvait être prononcé a aussi été désapprouvé, à juste titre, pour deux raisons. Premièrement, en ce qui concerne le plaignant, il a été statué qu'une telle mention peut incorrectement susciter un sentiment de sympathie dans le processus de raisonnement des jurés, particulièrement à ce stade des procédures. Quant à l'accusé, la mention peut être trompeuse, étant donné que, si l'exhortation entraîne un verdict de culpabilité, il n'est évidemment pas dans l'intérêt de l'accusé qu'un verdict soit rendu.

Dans l'arrêt *Accused*, précité, aux pp. 58 et 59, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande expose ainsi ce point de vue:

[TRADUCTION] La mention particulière d'une autre épreuve pour l'accusé semble diverger quelque peu des

the accused's preferences. Although it may do little harm, we think it best avoided. Similarly, on balance we think it will be better in future if express reference to the ordeal for other witnesses, including a complainant, is omitted.

Similarly, in the English case of *Watson*, *supra*, the Court gave the following caution at p. 8:

Hints that it may be of benefit to the defendant if the jury can only sink their differences may be misleading if, as is usually the case, the minority are for an acquittal. Agreement will in those circumstances mean conviction, continued disagreement will mean at the worst a retrial with the consequent chance of acquittal.

I agree with these conclusions. Quite simply such a reference should not be included in the exhortation. In the case under consideration this error in itself may not have unduly influenced the jury and thus warrant a new trial. However, it is simply another factor which supports the conclusion that a new trial must be ordered.

III. The Suggestion that the Minority Should Consider What the Majority Were Saying

The trial judge instructed the jury that the minority might want to reconsider what the majority are saying. There is much to be said for the position that the mere suggestion that a juror should listen to fellow jurors may not be, in itself, improper. What is essential is that there should not be any suggestion that a juror should abandon his or her honestly held view in favour of the majority position. In *Watson*, *supra*, the English Court of Appeal specifically considered a unilateral direction given by a trial judge to those in the minority to listen to the majority. The Court, correctly in my view, concluded at p. 3 that such a direction could well be construed as "an encouragement to the dissentient minority to fall in with the majority whilst continuing to disagree with their views".

McLachlin J., in *Sims*, *supra*, sagely observed at p. 866 that "[t]ypically, an accused's fair trial

préférences probables de l'accusé. Quoiqu'elle puisse être assez inoffensive, nous croyons qu'il vaut mieux l'éviter. De même, tout bien considéré, nous pensons qu'il sera préférable à l'avenir de s'abstenir de mentionner expressément l'épreuve qui en résulterait pour d'autres témoins, dont le plaignant.

De même, dans l'arrêt anglais *Watson*, précité, la cour fait la mise en garde suivante, à la p. 8:

[TRADUCTION] Laisser entendre qu'il pourrait être avantageux pour le défendeur que les jurés puissent aplatis leurs différences peut être trompeur si, comme c'est habituellement le cas, la minorité est en faveur d'un acquittement. Un accord dans ces circonstances signifie une déclaration de culpabilité, alors que la continuation du désaccord signifie au pire un nouveau procès avec les chances d'acquittement qui en résultent.

Je suis d'accord avec ces conclusions. L'exhortation ne devrait tout simplement pas comporter une telle mention. En l'espèce, il se peut que cette erreur n'ait pas en soi influencé indûment le jury de manière à justifier un nouveau procès. Toutefois, c'est simplement un autre facteur à l'appui de la conclusion qu'un nouveau procès doit être ordonné.

III. La proposition que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires

Le juge du procès a dit au jury que les jurés minoritaires pourraient peut-être vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. On peut soutenir qu'il n'est peut-être pas incorrect en soi de suggérer simplement qu'un juré écoute des collègues jurés. Ce qui importe, c'est de ne pas suggérer qu'un juré abandonne, en faveur de l'opinion de la majorité, son point de vue sincère. Dans l'arrêt *Watson*, précité, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre a expressément examiné une directive unilatérale d'un juge du procès aux jurés minoritaires d'écouter les jurés majoritaires. À la page 3, la cour a conclu, à juste titre selon moi, qu'une telle directive pouvait bien être interprétée comme [TRADUCTION] «un encouragement apporté à la minorité dissidente à se rallier à la majorité tout en continuant d'être en désaccord avec elle».

À la page 866 de l'arrêt *Sims*, précité, le juge McLachlin a judicieusement fait observer qu'«[o]n

interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they 'should be' or 'ought to be' unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority".

39

Similarly, in *Littlejohn*, *supra*, Martin J.A. held at p. 168 that:

The trial Judge equally must avoid the use of language which is likely to convey to a juror that, despite his own doubts, genuinely entertained, he is, none the less, entitled to give way and agree with the majority of his colleagues in the interest of achieving unanimity: see *R. v. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

40

In my view, it would be preferable for a trial judge to avoid putting the situation in confrontational terms of opposing sides. Rather the exhortation should appeal to the individual jurors to once again reason together. At the very least, if such a suggestion is made, it must state that both sides should listen to each other and consider the opinions of others. If that is not done, the jury may quite rightly assume that the trial judge is directing them that the majority opinion is right simply because it is the view of the majority and that the minority should no longer try to convert the majority to their point of view.

41

In the case at bar, the effect of this aspect of the erroneous exhortation may have been reduced as a result of the twice repeated reminder by the trial judge that they should not betray their oath. Nonetheless, the cumulative effect of this error when taken together with the others, must have had a coercive effect upon the jurors. This conclusion, I think, is supported by the fact that it took just 15 minutes following the exhortation for the jury to return with a guilty verdict.

The Significance of the Short Time Elapsed Between the Exhortation and the Return of the Guilty Verdict

42

The speed with which the jury reached its verdict after the exhortation seems to me to be a clear indication of the significance the jury attached to

juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquaient aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité».

De même, dans *Littlejohn*, précité, le juge Martin statue, à la p. 168:

[TRADUCTION] Le juge du procès doit également éviter d'utiliser un langage susceptible de faire comprendre à un juré qu'en dépit de ses propres doutes, qu'il éprouve sincèrement, il a néanmoins le droit de céder et de se rallier à la majorité de ses collègues dans le but de réaliser l'unanimité: voir *R. c. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

À mon avis, il serait préférable que le juge du procès évite de présenter la situation comme une confrontation entre parties opposées. L'exhortation devrait plutôt inviter chacun des jurés à poursuivre le raisonnement avec les autres. À tout le moins, si une telle invitation est lancée, elle doit préciser que les deux côtés devraient s'écouter mutuellement et examiner leurs opinions respectives. Si cela n'est pas fait, les jurés pourront présumer, tout à fait à juste titre, que le juge du procès est en train de leur dire que l'opinion majoritaire est correcte simplement parce que c'est le point de vue de la majorité et que la minorité ne devrait plus tenter de rallier la majorité à son point de vue.

En l'espèce, l'incidence de cet aspect de l'exhortation fautive peut avoir été réduite du fait que le juge du procès a rappelé, à deux reprises, aux jurés qu'ils ne devaient pas manquer à leur serment. Néanmoins, cette erreur, considérée avec les autres erreurs commises, a dû avoir un effet cumulatif coercitif sur les jurés. J'estime que cette conclusion est appuyée par le fait qu'à la suite de l'exhortation il n'a fallu au jury que 15 minutes pour rendre un verdict de culpabilité.

L'importance du bref délai écoulé entre l'exhortation et le prononcé d'un verdict de culpabilité

La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict après l'exhortation du juge du procès me semble indiquer clairement l'importance que le

the trial judge's exhortation. It demonstrates that it must have had a coercive impact on the minority who up to that time had obviously been unmoved by the arguments of the majority.

The same conclusion was reached by Bull J.A. in *Palmer*, *supra*, where once again the verdict was returned 15 minutes after an impugned exhortation. This led Bull J.A. to write at p. 412:

... exhortations, no matter how benevolent in tone and purpose, must be examined with the greatest of care to ensure that no prejudice to the accused has resulted therefrom. This may be particularly so where, as in this case, an exhortation to strive to reach a verdict given after many hours of apparent disagreement is followed very shortly by a guilty verdict. [Emphasis added.]

When a verdict is reached very shortly after the exhortation has been given, an appellate court may reasonably infer that something was said which induced one or more members of the jury to change their position. This was the inference drawn in both *R. v. Flesh* (No. 2) (1993), 23 B.C.A.C. 194, where the jury returned after 10 minutes and in *Alkerton*, *supra*. In the latter case, the jury had deliberated for six and a half hours after hearing relatively clear and straightforward evidence which strongly suggested the guilt of the accused. Nonetheless, a verdict of not guilty was delivered just 14 minutes after the trial judge gave an exhortation which could be taken as arousing sympathy for the accused and his wife, and thereby encouraging a jury verdict based on factors other than the evidence adduced.

In this case, the very short interval of 15 minutes between the exhortation and the rendering of the verdict suggests that the decision was made, not on the basis of the reasoning together of members of the community, but as a result of some jurors abandoning their honestly held view. It seems highly unlikely that a deadlocked jury could, by reasoning together, have resolved their differences so quickly. Certainly the verdict could not have been reached as a result of reasoned discussion. Rather it would seem that the majority position was simply adopted. This could well have

jury a accordée à cette exhortation. Cela démontre qu'elle a dû avoir un effet coercitif sur la minorité qui, jusque-là, était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité.

Le juge Bull est arrivé à la même conclusion dans *Palmer*, précité, où, là encore, le verdict avait été prononcé 15 minutes après l'exhortation contestée. Cela a fait dire au juge Bull, à la p. 412:

[TRADUCTION] [les] exhortations, peu importe leur ton et leur objet bienveillants, doivent être néanmoins étudiées avec le plus grand soin afin d'assurer qu'il n'en a résulté aucun préjudice pour l'accusé. Cela est peut-être particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, une exhortation à rendre un verdict, après plusieurs heures de désaccord manifeste, est suivie de très près d'un verdict de culpabilité. [Je souligne.]

Lorsqu'un verdict est rendu très peu de temps après l'exhortation, une cour d'appel peut raisonnablement déduire que l'on a dit quelque chose qui a incité un seul ou plusieurs jurés à changer d'avis. C'est ce qui a été déduit dans l'arrêt *R. c. Flesh* (No. 2) (1993), 23 B.C.A.C. 194, où le jury est revenu 10 minutes plus tard, et dans l'arrêt *Alkerton*, précité. Dans ce dernier cas, le jury avait délibéré pendant six heures et demie après avoir entendu une preuve relativement claire et simple qui indiquait fortement que l'accusé était coupable. Un verdict de non-culpabilité a néanmoins été rendu seulement 14 minutes après que le juge du procès eut adressé une exhortation qui pouvait être interprétée comme suscitant de la sympathie pour l'accusé et son épouse, et donc comme encourageant le jury à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve présentée.

En l'espèce, le très court intervalle de 15 minutes entre l'exhortation et le prononcé du verdict permet de penser que la décision n'est pas fondée sur le raisonnement collectif de membres du public, mais résulte du fait que certains jurés ont abandonné leur point de vue sincère. Il semble très improbable que les membres d'un jury dans l'impassé aient pu aplaniir leurs divergences aussi rapidement en raisonnant ensemble. Il est certain que le verdict n'a pu être rendu à la suite d'une discussion rationnelle. Il semblerait plutôt que l'on a simplement adopté le point de vue de la majorité.

resulted from the extraneous factors introduced into the deliberations by the exhortation.

46

The announcement by a jury that it is deadlocked indicates that it is having a problem performing its ultimate function. The exhortation then given by the trial judge is of vital importance. It is the last word that the jury will have on the issue. It is therefore essential that the exhortation must be free of anything that would lead to the undermining of the jurors' oath to give a true verdict according to the evidence.

47

In my view, the reference to inconvenience and expense introduced such extraneous and irrelevant elements into the jury's deliberations and placed such unwarranted pressure upon the jurors that it could not be cured by the reference to the jurors' oath and in itself necessitates a new trial. Further, that error, coupled with the reference to the benefit of a verdict to the accused and complainant and the improper suggestion that the minority consider what the majority was saying without the reciprocal instruction to the majority, had the cumulative effect of requiring a new trial. That must be the result of the erroneous exhortation given in this case.

Suggested Direction to the Jury

48

I put forward the following example as one way in which an exhortation could be given to a jury. It is not meant to be followed slavishly as a magic incantation, but rather it is simply a suggestion that may be helpful to trial judges confronted with the need to give some direction to a jury which appears to be deadlocked. The direction might be given along these lines:

Members of the Jury, you are having difficulty reaching a unanimous verdict. While it is not imperative that you do so, it is obviously desirable. You have sworn to give a true verdict based upon the evidence and that you must do your utmost to achieve. I have the discretion to discharge you from giving a verdict where it appears that further deliberation would be futile. However, this power should not be exercised lightly or too quickly. Fre-

Cela pouvait bien avoir résulté des considérations extérieures que l'exhortation avait fait intervenir dans les délibérations.

Lorsqu'un jury déclare qu'il est dans l'impasse, cela indique qu'il éprouve de la difficulté à remplir la fonction qui lui incombe en dernière analyse. L'exhortation que le juge lui adresse alors est d'une importance vitale. C'est le dernier mot que le jury entendra sur la question. Il est donc essentiel que l'exhortation soit exempte de tout ce qui pourrait miner le serment des jurés de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve.

À mon avis, la mention des inconvénients et du coût a fait intervenir de telles considérations extérieures et non pertinentes dans les délibérations du jury et l'a soumis à une pression injustifiée telle qu'elle ne pouvait être éliminée par la mention du serment des jurés, nécessitant en soi la tenue d'un nouveau procès. De plus, l'effet cumulatif de cette erreur, conjuguée à la mention de l'avantage d'un verdict pour l'accusé et la plaignante et à la proposition incorrecte que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires sans que ces derniers reçoivent la même directive, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Ce doit être la conséquence de l'exhortation erronée en l'espèce.

Exemple de directive au jury

Je présente l'exemple ci-dessous comme une façon d'adresser une exhortation au jury. Il n'est pas nécessaire de le suivre à la lettre comme une incantation magique; il s'agit plutôt d'une simple suggestion qui peut être utile aux juges du procès confrontés à la nécessité de donner une directive à un jury qui paraît être dans l'impasse. Cette directive pourrait prendre la forme suivante:

Membres du jury, vous éprouvez de la difficulté à rendre un verdict unanime. Bien qu'il ne soit pas obligatoire que vous y parveniez, cela est évidemment souhaitable. Vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, et vous devez faire de votre mieux pour y parvenir. J'ai le pouvoir discrétionnaire de vous libérer s'il appert que d'autres délibérations seraient fuites. Cependant, ce pouvoir ne doit pas être exercé à la

quently when juries are given more time to deliberate they are able to reach an agreement.

My objective is not to convince you to change your minds but rather, to encourage you to present your own view of the evidence to your fellow jurors to ensure that everyone's opinion has been duly considered. While you may have already formed an opinion as to the proper verdict I would ask that you still keep an open mind and carefully consider your colleagues' viewpoints. However, in reconsidering your position I remind you that at the beginning of the trial each of you took an oath to return a true verdict according to the evidence. It is crucial that no one betray that oath. Therefore, your verdict must be based on the evidence alone and you must not allow yourselves to be influenced by any extraneous considerations.

The essence of the jury system is the process of reasoning together by exchanging views and deliberating together. It is expected that you will pool your views of the evidence and listen carefully to one another. This means that there must be some give and take in the exchange of opinions. I must emphasize that this does not mean you should subordinate your own genuinely held view of the evidence for the sake of reaching a consensus. It is of course desirable that a unanimous verdict be rendered; yet this may be one of those occasions where you are unable to do so. This will not reflect badly upon you provided that you have made an honest effort to try the case to the best of your abilities.

Therefore, I would ask you to try once again to reach a verdict. This is a time to reflect further on the evidence to see if, by listening to each other, by carefully considering the various positions, and by reasoning together, you can come to an agreement and render a unanimous verdict.

I would add that although such a direction would be appropriate in this case and others like it, the

légère ou trop rapidement. Il arrive souvent que les jurés puissent parvenir à un accord lorsqu'on leur donne plus de temps pour délibérer.

Mon objectif n'est pas de vous convaincre de changer d'idée, mais, plutôt, de vous encourager à présenter à vos collègues jurés votre propre perception de la preuve, de manière à assurer que l'opinion de chacun soit dûment prise en considération. Bien que vous vous soyez peut-être déjà formé une opinion sur le verdict qui devrait être prononcé, je vous demande de garder l'esprit ouvert et d'examiner soigneusement le point de vue de vos collègues. Toutefois, en reconSIDérant votre propre point de vue, vous devez vous rappeler le serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, que vous avez tous prêté au début du procès. Il est essentiel que nul ne manque à ce serment. Par conséquent, votre verdict doit être fondé sur la preuve seulement et vous ne devez pas vous laisser influencer par des considérations extérieures.

Le processus de raisonnement collectif fondé sur l'échange de points de vue et la délibération est l'essence du système du jury. On s'attend à ce que vous mettiez en commun vos perceptions de la preuve et à ce que vous vous écoutiez mutuellement. Cela veut dire que certains compromis doivent être faits lors de l'échange de points de vue. Je dois souligner que cela ne signifie pas que vous devez subordonner votre propre perception sincère de la preuve à la réalisation d'un consensus. Il est évidemment souhaitable qu'un verdict unanime soit rendu, mais il se peut que ce soit une affaire où il vous sera impossible de le faire. Cela n'aura aucune incidence négative sur vous si vous vous êtes efforcés sincèrement de juger l'affaire de votre mieux.

Par conséquent, je vous demanderais d'essayer de nouveau de parvenir à un verdict. Il s'agit d'approfondir votre réflexion sur la preuve pour voir si, en vous écoutant mutuellement, en examinant soigneusement les divers points de vue et en raisonnant ensemble, vous pouvez parvenir à un accord et rendre un verdict unanime.

J'ajouterais que, même si une telle directive conviendrait dans le présent cas et dans d'autres

situation presented in another case may require a different type of direction.

The Test for Appellate Review of Instructions Given to the Jury as an Exhortation

49

Counsel for the respondent contended that consideration of the jury exhortation should fall under s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to determine whether "on any ground there was a miscarriage of justice", rather than under s. 686(1)(a)(ii) where the focus would be on whether an error of law was committed. The Court of Appeal adopted this approach and concluded that there was no miscarriage of justice since the appellant had not established that the exhortation was unfair. With the greatest respect, I cannot agree with this position. In my view, there is no basis for treating the errors of law made in the course of an exhortation any differently from such errors committed in any other part of the instructions to the jury, or during the trial.

50

Not every improper reference in an exhortation will lead to a new trial. Instead, the exhortation must be viewed as a whole and in the context of the proceedings. The length of the deliberations, the nature of the question asked by the jury, and the length of the deliberations following the exhortation are all relevant. In considering all of these factors, an appellate court must determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in complete freedom from extraneous considerations or pressures, or caused a juror to concur with a view that he or she did not truly hold.

51

There is a preponderance of authority which has properly concluded that it is improper for a trial judge to refer, in a jury exhortation, to the public expense and inconvenience resulting from a mistrial, the benefit of a verdict to the accused or a witness, the hardship of another trial for all parties concerned, or to suggest that the minority consider what the majority is saying. When the impugned statements are considered in the context of the exhortation as a whole, together with the short

affaires semblables, un autre type de directive peut s'avérer nécessaire dans d'autres cas.

Le critère applicable à l'examen en appel de directives données pour exhorter le jury

L'avocat de l'intimée a soutenu que l'examen de l'exhortation au jury devrait relever du sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, afin de déterminer si «pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire», plutôt que du sous-al. 686(1)a)(ii), où l'accent est mis sur la question de savoir si une erreur de droit a été commise. La Cour d'appel a adopté ce point de vue et a conclu qu'il n'y avait aucune erreur judiciaire étant donné que l'appelant n'avait pas établi que l'exhortation était inéquitable. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. À mon avis, il n'y a aucune raison de traiter les erreurs de droit commises dans une exhortation d'une façon différente des erreurs de droit commises dans toute autre directive au jury ou pendant le procès.

Toute mention incorrecte dans une exhortation n'entraînera pas nécessairement un nouveau procès. Il faut plutôt considérer l'exhortation dans son ensemble et dans le contexte des procédures. La durée des délibérations, la nature de la question posée par le jury et la durée des délibérations après l'exhortation sont toutes pertinentes. Lors de l'examen de tous ces facteurs, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou empiété sur son droit de délibérer tout à fait librement, en l'absence de considérations ou de pressions extérieures, ou encore qu'elles aient amené un juré à souscrire à un point de vue qu'il ne partageait pas vraiment.

Il existe une jurisprudence prépondérante qui conclut, à juste titre, qu'il est inapproprié pour un juge du procès de mentionner, dans une exhortation au jury, le coût et les inconvénients pour le public qui résulteraient d'une annulation de procès, l'avantage d'un verdict pour l'accusé ou un témoin, les difficultés qu'un autre procès causerait à toutes les parties concernées, ou encore de proposer que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires. Lorsque les mentions

time which elapsed prior to rendering the verdict, I have no difficulty concluding that the exhortation must have interfered with the jury's ability to deliberate free from extraneous considerations. Further, it may have induced or coerced the jurors in the minority to subordinate their own genuinely held views simply for the sake of achieving unanimity. Thus, the trial judge clearly committed errors of law and the accused is entitled to a new trial. The appeal must be allowed unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies.

The exhortation was made at a critical and delicate point in the trial. It arguably had a greater impact on the verdict than any other instructions to the jury. Once it is determined that the exhortation may have improperly coerced the jury to reach a verdict, it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same in the absence of the error. This is the test that must be met pursuant to s. 686(1)(b)(iii). Since the exhortation may have improperly affected the jury's verdict it would not be appropriate to apply the curative provision set out in the section.

Conclusion

It follows that I would allow the appeal and direct a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal concerns the proper instructions which should be given to a jury by a trial judge once the jury has declared that it is deadlocked and cannot reach a verdict. In addition, it also raises the question of the appropriate standard of appellate review where those instructions are alleged to be deficient.

My colleague has determined that the exhortation by the trial judge to the jury in this case was improper, and that it must have interfered with the

contestées sont examinées en fonction de l'ensemble de l'exhortation, et en fonction du court laps de temps écoulé avant le prononcé du verdict, je n'ai aucune difficulté à conclure que l'exhortation doit avoir diminué la capacité du jury de délibérer en l'absence de considérations extérieures. De plus, cela peut avoir amené ou contraint les jurés minoritaires à subordonner leur propre point de vue sincère à la simple réalisation de l'unanimité. Ainsi, le juge du procès a clairement commis des erreurs de droit et l'accusé a droit à un nouveau procès. Le pourvoi doit être accueilli à moins que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) ne s'applique.

L'exhortation a eu lieu à une étape cruciale et délicate du procès. On peut soutenir qu'elle a eu une plus grande incidence sur le verdict que toute autre directive au jury. Dès qu'il est déterminé que l'exhortation a pu contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, on ne peut pas affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise. C'est le critère auquel il faut satisfaire conformément au sous-al. 686(1)b)(iii). Puisque l'exhortation a pu influer incorrectement sur le verdict du jury, il ne conviendrait pas d'appliquer la disposition réparatrice de ce sous-alinéa.

Conclusion

Il s'ensuit que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur les directives que le juge du procès devrait donner à un jury qui s'est déclaré incapable de se mettre d'accord et de parvenir à un verdict unanime. De plus, il soulève la question du standard approprié qui doit être appliqué en appel lorsqu'il est allégué que ces directives sont déficientes.

Mon collègue a décidé que l'exhortation du juge du procès au jury en l'espèce était incorrecte et qu'elle devait avoir eu une influence sur la capa-

jury's ability to deliberate freely. He also concludes that the exhortation may have been coercive. I disagree.

56

The facts and judgments of the lower courts have been recounted by Justice Cory and I need not reproduce them. Given the focus of this appeal, however, I believe it would be useful to set out the trial judge's exhortation to the jury in its unedited form. The version set out by Cory J. in his reasons contains only the impugned portions cited by the appellant. The full exhortation lasted a total of 15 minutes and reads as follows:

Members of the jury. I received a note this morning from the Sheriff from you which indicates that you appear to have reached an impasse. You would like some advice and some options.

Well, members of the jury, there are no options in these matters, save two: That of concluding the matter in the usually [sic] way of rendering verdicts or being unable to do so. Those are the options and the only options.

Now, in that regard I think I should make some observations to you. These sort of trials are not easy on any of the participants, and you are twelve of the participants.

Each of these trials take [sic] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [sic] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

cité du jury de délibérer librement. Il conclut aussi que l'exhortation peut avoir été coercitive. Je ne suis pas d'accord.

Les faits et les jugements rendus par les tribunaux d'instance inférieure ont été relatés par le juge Cory, ce qui me dispense de les reprendre. Cependant, étant donné l'objet du présent pourvoi, je crois utile de reproduire dans sa version intégrale l'exhortation du juge du procès au jury. Le juge Cory ne cite, dans ses motifs, que les passages contestés auxquels l'appelant renvoie. L'exhortation au complet a duré en tout 15 minutes et se lit ainsi:

[TRADUCTION] Membres du jury. Ce matin, le shérif m'a remis une note de votre part indiquant que vous êtes apparemment incapables de vous mettre d'accord. Vous aimeriez que des conseils et des choix vous soient offerts.

Eh bien! membres du jury, il n'y a que deux possibilités en l'espèce: clore l'affaire de la façon habituelle en rendant un verdict, ou être incapable de le faire. Ce sont là les seuls choix possibles.

Maintenant, je pense que je devrais vous formuler quelques observations à ce propos. Ce type de procès n'est facile pour aucun des participants, et vous êtes douze de ces participants.

Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

You are members of the jury in as good a position as any other twelve persons who would be hearing this case to render verdicts in this case.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [being] able to do so. Others have done it.

But before you reach that point of saying to me, to the court, that we were unable to agree, there will have to be some more time spent. Putting it bluntly to you, I do not intend to let you off the hook this early.

You commenced your deliberations sometime in the afternoon. There was the supper hour. You did some work last evening, I think until 9 o'clock, and you retired for the evening. That's a long time. I am not one of those judges who let people go, let juries go in a matter of a few hours. There is just too much involved here. We would have to go through all this again, probably.

I appreciate that this is not an easy case. That when credibility is in issue, as it is in this case, it's not easy. It's not easy at all. But the accused has chosen you twelve people to make that determination. He hasn't asked the judge about that. He has asked for you twelve, twelve people from the community.

As I say, you are in as good a position now as any other twelve people would be to determine the guilt or innocence of this individual.

So, I have told you what the options are that you have asked me, and I have exhorted to make an effort, a new effort, to determine whether you can arrive at verdicts in this case. We will adjourn.

It is worth noting that the second half of the exhortation was not challenged in any way by the appellant. In my view, this portion is essential in appreciating the exhortation's total effect. Here, the trial judge concentrated upon the specific circumstances of the case and urged the jury to arrive

Vous, les membres du jury, êtes autant en mesure de rendre un verdict, en l'espèce, que douze autres personnes qui entendraient l'affaire.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant. Ce ne sera pas la première fois que cela se sera produit.

Mais avant que vous ne soyiez sur le point de me dire, de dire à la cour, que vous êtes incapables de vous mettre d'accord, il faudra consacrer encore un peu de temps. Pour être franc avec vous, je n'ai pas l'intention de vous libérer si vite que ça.

Vous avez commencé vos délibérations au cours de l'après-midi. Il y a eu l'heure du souper. Hier soir, vous avez travaillé jusqu'à 21 h, je crois, après quoi vous vous êtes retirés pour la soirée. C'est beaucoup de temps. Je ne suis pas l'un de ces juges qui laissent les gens partir, qui laissent les jurés partir après seulement quelques heures. Il y a trop en jeu ici. Il nous faudrait tout reprendre, probablement.

Je comprends que la situation n'est pas facile. Que lorsque la crédibilité est en cause comme c'est le cas en l'espèce, ce n'est pas facile. Ce n'est pas facile du tout. Mais l'accusé vous a choisis tous les douze pour rendre une décision. Il ne s'est pas adressé au juge à ce sujet. Il a demandé à vous avoir les douze, douze membres de la collectivité.

Comme je l'ai dit, vous êtes maintenant aussi en mesure, que douze autres personnes, de décider de l'innocence ou de la culpabilité de cet individu.

Ainsi, je vous ai dit quels sont vos choix, comme vous me l'avez demandé, et je vous ai exhortés à faire un effort, un nouvel effort, pour voir si vous pouvez parvenir à un verdict dans cette affaire. Nous allons ajourner.

Il vaut la peine de souligner que l'appelant n'a absolument pas contesté la seconde partie de l'exhortation. À mon avis, cette partie est essentielle pour en apprécier tout l'effet. En l'espèce, le juge du procès a mis l'accent sur les circonstances particulières de l'affaire et a pressé les jurés de faire

at a verdict if it was at all possible to do so. With that in mind, I turn to the questions before us.

Analysis

58

For ease of reference, I will restate the issues raised on this appeal as set out by my colleague:

1. Did the charge and subsequent recharge to the jury adequately deal with the theory of the defence?
2. Was the exhortation to the jury objectionable or improper?
3. Did the Court of Appeal err in the standard it applied for setting aside the verdict?

1. *Was there a Failure to Outline the Position of the Defence?*

59

On this issue, I am in agreement with Cory J. that any error made by the trial judge in his original charge to the jury was corrected in the subsequent recharge. I have nothing whatsoever to add. I will therefore proceed directly to the question of whether the trial judge's exhortation to the jury was improper.

2. *Was the Exhortation Objectionable or Improper?*

60

This ground of appeal focuses upon the instructions made by the trial judge to the jury once it had announced it was deadlocked. The appellant contends that the exhortation was inappropriate in that it contained references which improperly coerced the jury to come to a verdict, when the proper result would have been a hung jury. As a result, the validity of the verdict cannot be maintained, and a new trial should be ordered.

61

To begin with, I would note that I am in substantial agreement with Cory J. regarding the general purpose of an exhortation. The goal should be to encourage the jurors that, if it is at all possible,

tout leur possible pour parvenir à un verdict. Gardant ceci à l'esprit, j'examine maintenant les questions dont nous sommes saisis.

Analyse

Pour plus de commodité, je reprends les questions soulevées en l'espèce, telles qu'énoncées par mon collègue:

1. L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?
2. L'exhortation adressée au jury était-elle répréhensible ou incorrecte?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

1. *Y a-t-il eu défaut de résumer la position de la défense?*

Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que toute erreur commise par le juge du procès dans son premier exposé au jury a été corrigée dans le nouvel exposé. Je n'ai absolument rien à ajouter. Je passe donc directement à la question de savoir si l'exhortation du juge du procès au jury était incorrecte.

2. *L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?*

Ce moyen d'appel est axé sur les directives que le juge du procès a données au jury après que ce dernier eut annoncé qu'il était incapable de se mettre d'accord. L'appelant soutient que l'exhortation n'était pas appropriée parce qu'elle contenait des mentions de nature à contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, alors que le résultat approprié aurait été l'incapacité de rendre un verdict unanime. Par conséquent, la validité de ce verdict ne saurait être confirmée et un nouveau procès devrait être ordonné.

En premier lieu, il est à noter que je suis essentiellement d'accord avec le juge Cory en ce qui concerne le but général d'une exhortation. Elle devrait viser à encourager les jurés à faire tout leur

they should strive to come to an agreement. It is up to the jury, and the jury alone, to come to a verdict based solely on the strength of the evidence. As a general rule, jurors should not take into consideration extraneous factors in rendering its judgment, and a trial judge should not ask them to.

Nevertheless, an exhortation is not read from an inflexible blueprint which remains forever fixed in stone. Often, trial judges will be called upon to give an exhortation which is tailored to that particular jury. The nature of the direction given will be dependant on a number of factors including the length and complexity of the trial as well as events which occurred that warrant the attention of the trial judge. (See, for example, the situation which occurred in *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (Ont. C.A.)). There is no better person to assess what should be stated in an exhortation than a trial judge. It is he or she who has been with the trial since its inception and is able to gauge the mood and tenor of the particular jury. In my view, an exhortation should be treated by appellate courts in a manner similar to the way charges to the jury are currently reviewed. While few exhortations will be perfect, appellate courts should refrain from interfering unless there has been a clear error which brings the validity of the verdict into question: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. If there is no damaging effect to the deliberations of the jury, we should be extremely hesitant to overturn a verdict, even where the instructions fall short of perfection.

Moreover, as to the general approach which should be taken by appellate courts in reviewing exhortations, I agree with the observations of Martin J.A. on behalf of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Littlejohn, supra*, at p. 168, that in determining whether an exhortation was coercive, "the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered". I would merely add that in making this assessment we should consider the effect of the entire exhortation, and not unduly isolate or highlight one particular reference; see *R. v. Halliday* (1992), 77 C.C.C.

possible pour parvenir à un accord. Il appartient au jury, et au jury seul, de parvenir à un verdict sur la seule foi de la preuve présentée. En règle générale, les jurés ne doivent prendre en considération aucun facteur extérieur en rendant leur jugement, et le juge du procès ne doit pas leur demander de le faire.

Néanmoins, une exhortation ne doit pas s'inspirer d'un modèle rigide pour toujours gravé dans la pierre. Les juges du procès seront souvent appelés à adresser une exhortation adaptée au jury en présence. La nature de la directive donnée dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont la durée et la complexité du procès, ainsi que d'événements qui méritent l'attention du juge du procès. (Voir, par exemple, la situation qui s'est présentée dans *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (C.A. Ont.)). Personne n'est mieux placé que le juge du procès pour déterminer ce qu'une exhortation doit contenir. C'est lui qui assiste au procès depuis le début et qui est capable d'apprécier l'état d'esprit et la composition du jury en présence. À mon avis, les cours d'appel devraient traiter une telle exhortation de la même manière qu'elles examinent couramment les exposés au jury. Bien que peu d'exhortations soient parfaites, les cours d'appel devraient s'abstenir d'intervenir à moins qu'il y ait une erreur manifeste qui mette en question la validité du verdict: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253. En l'absence d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury, nous devrions être extrêmement hésitants avant d'écartier un verdict, même dans le cas où les directives données ne sont pas parfaites.

De plus, en ce qui concerne l'approche générale avec laquelle les cours d'appel devraient aborder l'examen des exhortations, je suis d'accord avec les observations que le juge Martin a formulées, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Littlejohn*, précité, à la p. 168, selon lesquelles, pour déterminer si une exhortation est coercitive, [TRADUCTION] «il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée». J'ajouterais simplement que, ce faisant, nous devrions tenir compte de l'effet de toute l'exhortation, au lieu d'isoler ou de souligner indû-

(3d) 481 (Man. C.A.), at p. 494, *per* Scott C.J., regarding this approach.

ment un élément particulier; en ce qui concerne cette approche, voir les motifs du juge en chef Scott dans *R. c. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Man.), à la p. 494.

⁶⁴ With that introduction, I will proceed to examine the exhortation at issue in this case. The appellant contends that there were three major flaws in the trial judge's instructions. I propose to deal with each in turn.

Reference to Public Expense and Inconvenience

À partir de cette introduction, je vais maintenant examiner l'exhortation en cause dans la présente affaire. L'appelant soutient que les directives du juge du procès souffrent de trois lacunes majeures. Je me propose de les examiner à tour de rôle.

La mention du coût et des inconvénients pour le public

L'appelant fait valoir que, dans l'exhortation du juge du procès, un certain nombre de remarques portaient sur le coût éventuel d'un nouveau procès pour le public. Les passages contestés sont les suivants:

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

L'appelant est particulièrement préoccupé par la mention du coût des procès et par le fait qu'on laisse entendre qu'un nouveau procès constituerait un fardeau pour le public. Même si le juge du procès a limité la portée de ce passage en ajoutant que ce n'était pas un élément particulièrement important à prendre en considération, je suis d'accord pour dire qu'il vaut mieux, en général, éviter ce genre de mention. Comme le souligne le juge Cory, une telle mention pourrait porter à croire que le jury devrait prendre en considération autre chose que la preuve qui lui a été présentée. Néanmoins, je suis en désaccord avec lui dans la mesure où il affirme que ces mentions ont, à première vue, un

⁶⁵ The appellant contends that during the exhortation a number of the trial judge's remarks dealt with the potential cost of a new trial to the public. The following are the impugned passages:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

⁶⁶ The reference of particular concern to the appellant is the statement of how expensive trials are to conduct, and the implication that it would be a burden on the public if a new trial were to be held. While the phrase was limited in that the trial judge added that it was not a particularly important factor to consider, I agree that such statements are generally best avoided. As Cory J. points out, references of this sort might suggest that the jury should consider something other than the evidence before it. Nevertheless, I do not agree with his reasons to the extent that they state that any such ref-

erence is *prima facie* coercive. In my view, this statement is unfounded.

The authorities set out by Cory J. are virtually unanimous in the belief that references to the cost or expense of trials is an unacceptable practice. However, this unanimity is not also present in the interpretation of the effect of such a reference. On several occasions, the same courts cited by Cory J. have stated that a mention of public expense, while best avoided, cannot be said to have coerced the jury or caused any prejudice to the accused: *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1 (C.A.), at p. 7; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338 (C.A.); *R. v. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271 (C.A.), at p. 276; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (Y.T.C.A.).

Indeed, the English Court of Appeal, who were perhaps the first to denounce this practice of referring to public expense in *Watson*, *supra*, have firmly stated that such an error cannot automatically be said to be coercive. In *R. v. Jackson*, unreported, (C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988), this theory was clearly refuted. At trial, the jury returned a guilty verdict 10 minutes after an exhortation which included a reference to "a lot of waste of time and a lot of expense". Nevertheless, the court denied the appeal, stating:

We take the view that any possible pressure which might have been imposed upon the jury by the Recorder mentioning waste of time and expense was cured by his emphasising immediately afterwards that the jury's primary consideration must be to bring in a verdict according to their oath. Accordingly, despite the short length of their retirement after that direction, we do not think there was any material irregularity which obliges us to allow the appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Therefore, it would appear that whether or not such a reference is fatal will depend very much upon the circumstances in which it occurs. Clearly, there are different degrees of these types of errors and not everyone should be approached in exactly

effet coercitif. À mon avis, cette affirmation n'est pas fondée.

La jurisprudence que mentionne le juge Cory s'accorde presque unanimement pour dire que la mention du coût des procès est une pratique inacceptable. Toutefois, cette unanimité disparaît lorsqu'il s'agit d'interpréter l'effet d'une telle mention. À maintes reprises, les mêmes tribunaux auxquels se réfère le juge Cory ont décidé que, même s'il est préférable de ne pas mentionner les dépenses de fonds publics, on ne peut pas dire qu'une telle mention a eu un effet coercitif sur le jury ou cause un préjudice à l'accusé: *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1 (C.A.), à la p. 7; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338 (C.A.); *R. c. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271 (C.A.), à la p. 276; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (C.A.T.Y.).

En fait, la Cour d'appel d'Angleterre, qui, dans l'arrêt *Watson*, précité, a peut-être été la première à dénoncer la mention des dépenses de fonds publics, a fermement affirmé qu'on ne peut pas dire automatiquement qu'une telle erreur a un effet coercitif. Dans l'arrêt *R. c. Jackson*, inédit, C.A., Div. crim. (Angl.), le 9 mars 1988, cette thèse a été nettement réfutée. Au procès, le jury a prononcé un verdict de culpabilité 10 minutes après s'être vu adresser une exhortation faisant état, notamment, d'une [TRADUCTION] «énorme perte de temps et [de] dépenses considérables». La cour a néanmoins rejeté l'appel, affirmant:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que toute pression que le recorder peut avoir exercée sur le jury en mentionnant la perte de temps et les dépenses a été éliminée par le fait qu'il a aussitôt souligné que le principal souci des membres du jury doit être de rendre un verdict conformément au serment qu'ils ont prêté. Par conséquent, malgré le court délai pendant lequel ils se sont retirés après avoir reçu cette directive, nous ne croyons pas qu'il y ait eu quelque irrégularité majeure qui nous obligerait à accueillir l'appel. L'appel est donc rejeté.

Il semblerait donc que ce sont les circonstances dans lesquelles une telle mention a été faite qui détermineront en grande partie si elle est fatale ou non. Il est évident qu'il existe divers degrés d'erreurs de cette nature, qui ne doivent pas tous être

the same way. The preeminent concern is the perceived effect of the error, which can be analyzed by examining a number of factors including, *inter alia*, the prominence of the reference, whether it was repeated, and whether other comments might have cured any harmful effect. I will return to this during the discussion of the proper standard of review.

⁷⁰ As a final note, I merely wish to add that a reference to public expense, except to the extent discussed above, is not inherently prejudicial to the accused. It is a neutral factor and does not, unlike some of the more coercive types of directions, in any way ask the jury to convict. It may just as well have the effect of guaranteeing an acquittal.

⁷¹ On balance, however, I am prepared to accept that this reference is one that should not have been made. That does not, of course, raise it automatically to an error of law. We must first examine the rest of the exhortation in order to ascertain whether this error was compounded by others, or minimized by the effect of other remedial factors.

The Benefit of a Verdict to the Accused

⁷² The appellant's second contention is that the exhortation included a reference that a verdict might be of benefit to both the accused and to the complainant. In particular, he cites the following:

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

⁷³ I must say that I find it somewhat difficult to comprehend how this innocuous reference in the middle of a 15-minute exhortation could be said to have any influence at all on the jury's deliberative process. On this point I am substantially in agreement with the approach of the New Zealand Court of Appeal in *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46 (C.A.). There (at p. 54), the trial judge delivered an

abordés exactement de la même manière. Le principal souci est de déterminer l'effet apparent de l'erreur, ce qui peut être fait en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'importance de la mention, la question de savoir si elle a été répétée et celle de savoir si d'autres commentaires ont pu remédier à tout effet préjudiciable. Je reviendrai sur ce point au cours de l'analyse de la norme d'examen à appliquer.

Enfin, je tiens simplement à ajouter que la mention des dépenses de fonds publics, sauf dans la mesure mentionnée plus haut, ne porte pas en soi préjudice à l'accusé. C'est un élément neutre qui, contrairement à certains types de directives plus coercitives, ne consiste aucunement à demander au jury de rendre un verdict de culpabilité. Il peut tout autant avoir pour effet de garantir un acquittement.

Tout compte fait, cependant, je suis disposée à reconnaître que cette mention n'aurait pas dû être faite. Il est évident que cela n'en fait pas automatiquement une erreur de droit. Nous devons d'abord examiner le reste de l'exhortation pour déterminer si cette erreur a été aggravée par d'autres erreurs, ou atténuée par d'autres éléments curatifs.

L'avantage d'un verdict pour l'accusé

L'appelant allègue ensuite que l'exhortation contenait une mention que le prononcé d'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante. Il cite notamment le passage suivant:

[TRADUCTION] Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Je dois dire qu'il m'est quelque peu difficile de comprendre comment on peut dire que cette mention anodine, au milieu d'une exhortation de 15 minutes, a une influence quelconque sur les délibérations du jury. À cet égard, je suis essentiellement d'accord avec la façon dont la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a procédé dans *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46. Dans cette affaire (à la

exhortation which contained the following statement:

It is of tremendous importance that a jury should reach a verdict at a trial such as this if this can properly be done. If you do not the case has to be tried again and that of course is a burden on everyone concerned, the witnesses, the accused and in this case particularly, the complainant. If at all possible, it would obviously be undesirable that she should have to give her evidence again.

In dismissing the appeal, the Court stated at pp. 58-59:

A rather more difficult question is whether there should be an express reference to the ordeal of witnesses if there is a new trial. A specific reference to a further ordeal for the accused seems somewhat out of touch with the likely reality of the accused's preferences. Although it may do little harm, we think it best avoided. Similarly, on balance we think it will be better in future if express reference to the ordeal for other witnesses, including a complainant, is omitted. The jury is likely to be alive to this when told of the prospect of a new trial; to state it expressly could perhaps be regarded as unnecessarily underlining it.

See also *Tennant, supra*, at p. 277.

In virtually every exhortation, the jury is warned that the consequence of a hung jury is a new trial. Certainly, every jury member is well aware that in a new trial the witnesses and the complainant will have to relive the proceedings again. The accused is also left with the charge hanging over his head for a prolonged period of time. Obviously, to a certain extent, finality of the proceedings is to everyone's benefit. This is a factor which is mentioned or implied at several points during the trial process. Like the New Zealand Court of Appeal, I am of the view that a reference to it during the exhortation is in most cases quite harmless.

It is only where this factor has been unduly highlighted or repeated in such a way as to cause sympathy for one of the parties, as in *R. v.*

p. 54), le juge du procès avait adressé une exhortation comportant l'affirmation suivante:

[TRADUCTION] Il est extrêmement important que, dans un procès comme celui-ci, le jury prononce un verdict dans la mesure où il peut le faire à bon droit. Si vous ne le faites pas, il devra y avoir un nouveau procès qui constituera, bien sûr, un fardeau pour toutes les parties concernées, les témoins, l'accusé et, particulièrement en l'espèce, la plaignante. Il serait évidemment souhaitable qu'elle n'ait pas, autant que possible, à témoigner de nouveau.

En rejetant l'appel, la cour a affirmé, aux pp. 58 et 59:

[TRADUCTION] Il est un peu plus difficile de savoir si on devrait mentionner expressément l'épreuve que les témoins auront à subir s'il y a un nouveau procès. La mention particulière d'une autre épreuve pour l'accusé semble diverger quelque peu des préférences probables de l'accusé. Quoiqu'elle puisse être assez inoffensive, nous croyons qu'il vaut mieux l'éviter. De même, tout bien considéré, nous pensons qu'il sera préférable à l'avenir de s'abstenir de mentionner expressément l'épreuve qui en résulterait pour d'autres témoins, dont le plaignant. Le jury est vraisemblablement conscient de cela lorsqu'on lui mentionne la possibilité d'un nouveau procès; le dire expressément pourrait être considéré comme le souligner inutilement.

Voir aussi l'arrêt *Tennant*, précité, à la p. 277.

Dans presque toutes les exhortations, le jury est prévenu qu'un nouveau procès devra être tenu s'il lui est impossible de se mettre d'accord. Il est certain que chaque juré sait fort bien que, lors d'un nouveau procès, les témoins et le plaignant devront revivre le tout. De même, une accusation continue de prendre plus longtemps au-dessus de la tête de l'accusé. Il est évident, jusqu'à un certain point, que tous ont avantage à ce que les procédures se terminent. C'est là un facteur qui est mentionné ou sous-entendu à plusieurs moments du procès. À l'instar de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, je suis d'avis que cette mention dans une exhortation est dans la plupart des cas tout à fait inoffensive.

Ce n'est que si ce facteur a été indûment souligné ou réitéré de façon à susciter de la sympathie pour l'une des parties, comme dans l'affaire *R. c.*

Alkerton (1992), 72 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.), at p. 187, that it has been found to have prejudiced the jury's deliberative process in any way. The general weight of authority is that these references, absent an abusive element, do not warrant reversing a jury verdict; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); *Halliday, supra*; *Accused, supra*; *Tennant, supra*.

77

In the case under consideration, the trial judge made what amounts to a passing reference regarding the rigors of a new trial on the parties which came in the midst of a lengthy exhortation. It was fair to the accused in that it mentioned the adverse effect of a new trial on all the parties concerned, including a prospective new jury. There was no attempt to heighten the sympathies for any particular party and no abusive element. In my view, this factor could not be said to have affected the jury verdict in any way whatsoever.

Alkerton (1992), 72 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.), à la p. 187, que l'on a conclu qu'il avait nui de quelque manière au processus de délibération des jurés. Selon le courant général de jurisprudence, ces mentions, en l'absence d'élément abusif, ne justifient pas d'infirmer le verdict d'un jury; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), ainsi que les arrêts *Halliday*, *Accused* et *Tennant*, précités.

Dans la présente affaire, le juge du procès n'a fait que mentionner en passant les rigueurs d'un nouveau procès pour les parties, au milieu d'une longue exhortation. Cette mention était équitable pour l'accusé, car elle faisait état de l'incidence négative d'un nouveau procès sur toutes les parties concernées, y compris le nouveau jury éventuel. On n'y tentait pas de susciter de la sympathie pour une partie en particulier et elle ne comportait aucun élément abusif. À mon avis, on ne saurait affirmer que ce facteur a influé de quelque façon que ce soit sur le verdict du jury.

Reference to the Minority

78

Finally, the appellant contends that the trial judge erred when he referred to the jurors who were in the minority in the following way:

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [sic] able to do so.

La mention des jurés minoritaires

Enfin, l'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en parlant ainsi des jurés minoritaires:

[TRADUCTION] Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

79

For many years, a reference to "a minority" of the jury was quite commonplace, as illustrated by this passage from Lord Denning in *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81 (P.C.), at p. 91:

Pendant de nombreuses années, la mention des jurés minoritaires était une pratique fort courante, comme l'illustre l'extrait suivant des motifs de lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81 (C.P.), à la p. 91:

[TRADUCTION] Il leur rappelle qu'il est très important qu'ils se mettent d'accord, si cela est possible: que, pour ce faire, ils doivent inévitablement prendre en considération des opinions divergentes; que, si un membre se retrouve en minorité et enclin à ne pas partager l'opi-

He reminds them that it is most important that they should agree if it is possible to do so: that, with a view to agreeing, they must inevitably take differing views into account; that if any member should find himself in a small minority and disposed to differ from the rest, he

should consider the matter carefully, weigh the reasons for and against his view, and remember that he may be wrong; that if, on so doing, he can honestly bring himself to come to a different view and thus to concur in the view of the majority, he should do so, but if he cannot do so, consistently with the oath he has taken, and he cannot bring the others round to his point of view, then it is his duty to differ, and for want of agreement, there will be no verdict.

Canadian courts adopted this statement as accurate and until quite recently, references to the minority were routine and accepted: see, for example, *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.). Indeed, in some cases, the exhortation included a prolonged and concerted attempt to get jurors in the minority to reconsider the validity of their opinion, and was still considered adequate; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), at pp. 73-74.

This approach, however, was reevaluated by this Court in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858, where we determined that an improper reference to the minority would be in error. McLachlin J. stated at p. 866:

Typically, an accused's fair trial interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they "should be" or "ought to be" unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority.

My colleague Cory J. interprets this to mean that any reference to the minority will have an adverse impact as it may lead jurors in that position to conclude that the trial judge is directing them that the majority opinion is right simply because it is the view of the majority. As a consequence, they will feel that they should no longer try to convert the majority to their point of view. With respect, I disagree. In my view, the ratio of *Sims* is clearly that an accused's fair trial interest is only compromised when the instruction indicates or implies that the minority should conform to the majority. This is

nion des autres, il doit examiner la question avec soin, soupeser les avantages et les inconvénients de son point de vue et se rappeler qu'il a peut-être tort; que, si, ce faisant, il peut sincèrement en arriver à un point de vue différent et, par conséquent, à souscrire à l'opinion de la majorité, il doit le faire, mais que, s'il ne le peut pas, conformément au serment qu'il a prêté, et s'il ne peut pas rallier les autres à son point de vue, alors il a le devoir de diverger d'opinion, et, en raison de l'absence d'accord, il n'y aura pas de verdict.

Les tribunaux canadiens ont jugé que cet énoncé était exact et, jusqu'à tout récemment, il était courant et accepté de faire mention des jurés minoritaires: voir, par exemple, *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.). En fait, l'exhortation comportait, dans certains cas, une tentative prolongée et concertée d'obtenir des jurés minoritaires qu'ils reconnaissent la validité de leur opinion, mais elle était quand même jugée adéquate; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), aux pp. 73 et 74.

Notre Cour a, cependant, réévalué ce point de vue dans *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, où elle a statué qu'une référence incorrecte aux jurés minoritaires constituait une erreur. Le juge McLachlin affirme, à la p. 866:

On juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquent aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité.

Selon mon collègue le juge Cory, ce passage signifie que toute référence aux jurés minoritaires a une incidence négative étant donné qu'elle est susceptible d'amener ces jurés à conclure que le juge du procès est en train de leur dire que l'opinion majoritaire est correcte simplement parce que c'est le point de vue de la majorité. Ils auront alors le sentiment qu'ils ne devraient plus tenter de rallier la majorité à leur point de vue. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. À mon avis, le raisonnement de l'arrêt *Sims* est clair: l'équité du procès d'un accusé n'est compromise que si la directive indique ou sous-entend que les jurés minoritaires devraient se conformer à l'opinion

not nearly the same as saying that every reference to the minority will achieve this effect.

83

Once again, rather than taking a blanket approach, it is useful to consider each statement in its proper context and examine its potential effect. In this case, the trial judge did not tell the minority that they must revise their decision. On the contrary, all he did was ask them to go back and listen to the views of the majority one more time. In case there was any confusion in this regard, it must have been corrected when the trial judge warned the jurors not to abandon their oath. He did so not once, but twice, and coupled this with a reminder that the jury need not agree. The words of Bull J.A. regarding a similar situation in *Palmer, supra*, at p. 415, are apposite:

This direction did not mean that the majority was right because they were a majority, without regard to the soundness of their reasoning, and was not capable of being so understood by any intelligent juror who had listened to the charge as a whole. Nor was it wrong to tell the minority that they should consider whether the views of the majority were more in accord with the evidence than their own. That is nothing more than a quite proper direction to consider that the one view might be the right one on the evidence and the other the wrong one.

84

While I agree that to avoid any concerns, it is better not to make any references of this kind, the standard of review where they are made should be in accordance with *Sims*. Where the remarks of the trial judge fail to indicate that there must be an agreement, and that jury members holding a minority opinion should agree with the majority, it cannot be said that any wrongdoing occurred.

85

In my view, assuming there was an error made here, a conclusion of which I have serious doubt, it was corrected by the references to the jurors' oath and their right to disagree. Therefore, in the circumstances, I find that there was no harm caused by this reference, and that it could not have affected the jury's ability to deliberate free of outside influences.

majoritaire. Cela est loin de signifier que toute référence aux jurés minoritaires aura cet effet.

Encore là, au lieu d'adopter une approche généralisée, il est utile d'examiner chaque énoncé dans son contexte et d'examiner son effet potentiel. En l'espèce, le juge du procès n'a pas dit aux jurés minoritaires qu'ils devaient revenir sur leur décision. Au contraire, il n'a fait que leur demander de retourner écouter une fois de plus le point de vue de la majorité. Toute confusion qui a pu exister à ce sujet a nécessairement été dissipée lorsque le juge du procès a prévenu les jurés de ne pas manquer à leur serment. Il les a prévenus non pas une seule fois, mais deux fois, en plus de leur rappeler qu'il n'est pas nécessaire que les membres du jury se mettent d'accord. Les propos que le juge Bull a tenus au sujet d'une situation similaire dans l'arrêt *Palmer*, précité, à la p. 415, sont pertinents:

[TRADUCTION] Cette directive ne signifiait pas que les jurés majoritaires avaient raison parce qu'ils formaient la majorité, indépendamment de la justesse de leur raisonnement, et aucun juré intelligent qui avait écouté l'ensemble de l'exposé ne pouvait l'avoir interprétée ainsi. Il n'était pas non plus erroné de dire aux jurés minoritaires qu'ils devaient se demander si l'opinion majoritaire s'accordait davantage que la leur avec la preuve. Ce n'est rien de plus qu'une directive tout à fait correcte que de demander d'envisager la possibilité qu'une opinion soit la bonne compte tenu de la preuve, et que l'autre soit erronée.

Bien que je convienne que, pour éviter tout doute, il vaut mieux éviter ce type de mention, la norme d'examen à appliquer le cas échéant doit être conforme à l'arrêt *Sims*. Si, dans ses remarques, le juge du procès n'indique pas qu'il doit y avoir accord et que les jurés minoritaires devraient se rallier à l'opinion majoritaire, on ne saurait affirmer qu'il y a eu une erreur.

À mon avis, à supposer qu'une erreur ait été commise en l'espèce, ce dont je doute sérieusement, elle a été corrigée par la mention du serment des jurés et de leur droit au désaccord. Par conséquent, je conclus que, dans les circonstances, cette mention n'a causé aucun préjudice et qu'elle n'a pu nuire à la capacité du jury de délibérer à l'abri de toute influence extérieure.

In summary, I find that the only reference which could possibly have affected the jury's deliberations was that regarding the public expense and inconvenience if a new trial were to be held. Before proceeding to consider whether this reference constituted an error of law, I wish to examine briefly the significance of the jury's quick return after receiving the trial judge's exhortation.

86

En résumé, je conclus que la seule mention qui aurait pu éventuellement influer sur les délibérations du jury était celle du coût et des inconvénients d'un nouveau procès pour le public. Avant d'examiner si la mention en cause constituait une erreur de droit, je tiens à analyser brièvement l'importance du fait que le jury se soit prononcé rapidement après avoir entendu l'exhortation du juge du procès.

Significance of the Short Time Elapsed Between the Exhortation and the Return of the Verdict

Cory J. attaches a great deal of significance to the short lapse of time between the exhortation and the return of the verdict. In his view, at para. 42, the speed with which the jury reached its verdict "demonstrates that it [the exhortation] must have had a coercive impact on the minority who up to that time had obviously been unmoved by the arguments of the majority".

In my view, this statement overlooks two important factors. First, where the language of an exhortation is not inherently coercive, it does not become so merely because an early verdict was returned. Second, there is an entirely different conclusion which can equally be drawn by the jury's early return, that being that the exhortation had the desired effect; see for example, *Tennant, supra*, at p. 277; *Palmer, supra*; *Halliday, supra*; *Littlejohn, supra*, at p. 170. I note that in *Palmer, supra*, at p. 415, which is cited by my colleague to demonstrate that a quick return can indicate coercion, the Court of Appeal came to exactly the opposite conclusion and found that the verdict was legitimate.

Furthermore, I am in agreement with the respondent who states in his factum:

Where, however, it is concluded the effect of the exhortation as a whole could not have been anything other than the proper influence of that type of jury address, an early verdict means only that the need for it was wisely assessed and that it was effective in meeting its legitimate objective.

L'importance du bref délai écoulé entre l'exhortation et le prononcé du verdict

87

Le juge Cory attache une grande importance au court laps de temps écoulé entre l'exhortation et le prononcé du verdict. À son avis, au par. 42, la rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict «démontre qu'elle [l'exhortation] a dû avoir un effet coercitif sur la minorité qui, jusque-là, était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité».

88

À mon avis, cette affirmation ne tient pas compte de deux facteurs importants. Premièrement, si les termes de l'exhortation ne sont pas coercitifs en soi, ils ne le deviennent pas simplement parce qu'un verdict est prononcé peu après. Deuxièmement, il est possible de tirer une conclusion tout à fait différente de la rapidité avec laquelle le jury s'est par la suite prononcé, c'est-à-dire que l'exhortation a eu l'effet désiré; voir, par exemple, les arrêts *Tennant*, précité, à la p. 277; *Palmer*, précité; *Halliday*, précité; *Littlejohn*, précité, à la p. 170. Je souligne qu'à la p. 415 de l'arrêt *Palmer*, précité, cité par mon collègue pour démontrer qu'un verdict rapide peut être un signe de coercition, la cour d'appel est arrivée à la conclusion tout à fait opposée et a jugé que le verdict était légitime.

Je suis en outre d'accord avec l'intimée, qui affirme dans son mémoire:

[TRADUCTION] Si toutefois, on conclut que, dans l'ensemble, l'exhortation n'a pu qu'exercer l'influence normale de ce type d'exposé au jury, un verdict prononcé peu après signifie seulement qu'on en avait bien évalué la nécessité et qu'elle a permis d'atteindre son objectif légitime.

90

It follows therefore, that this factor is largely dependent upon the circumstances of each case. Its significance will depend upon the overall effect of the exhortation and the gravity of any potential error made by the trial judge. I propose therefore, to analyse these factors next.

3. Did the Court of Appeal Err in the Standard it Applied for Setting Aside the Verdict?

91

My colleague Cory J. has discussed the appropriate standard of review in this matter, and I am in substantial agreement with this portion of his reasons. I agree that not every improper reference in an exhortation should be treated as an error of law, and that the reference must be examined in the context in which it was made in order to determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in freedom from extraneous considerations.

92

The British Columbia Court of Appeal, in dismissing the appellant's appeal, found that any errors made were not likely to coerce any members of the jury to disregard their oath and thus, the verdict was not improper. In my view, this finding was correct.

93

In its entirety, this exhortation lasted 15 minutes, and contained numerous warnings to the jury that they must stay true to their oath and decide this case solely on the evidence before them. It also reminded them that they had the obligation to disagree if that was the proper result. Balanced against these factors is a one line reference to the inconvenience and expense to the public if a new trial were to be held. In these circumstances, I conclude that there is not a reasonable possibility that this reference had any influence on the jury's verdict.

94

As a result, I am unable to conclude that any error of law occurred. That would normally be sufficient to dispose of this matter; however, given the comments made by Cory J. with regard to the

Il s'ensuit donc que ce facteur dépend largement des circonstances particulières de chaque affaire. Son importance dépendra de l'effet global de l'exhortation et de la gravité de toute erreur que le juge du procès pourra avoir commise. Je me propose donc maintenant d'analyser ces éléments.

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

Mon collègue le juge Cory a analysé la question de la norme d'examen à appliquer en la matière et je suis essentiellement d'accord avec cette partie de ses motifs. Je conviens que toute mention incorrecte dans une exhortation ne doit pas nécessairement être traitée comme une erreur de droit et qu'elle doit être examinée eu égard au contexte dans lequel elle a été faite, afin de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou qu'elles aient empiété sur son droit de délibérer en l'absence de considérations extérieures.

En rejetant l'appel de l'appelant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que toute erreur qui avait pu être commise n'était pas susceptible de contraindre les jurés à manquer à leur serment et que, par conséquent, le verdict n'était pas erroné. À mon avis, cette conclusion est correcte.

Au cours de l'exhortation qui a duré 15 minutes en tout, les membres du jury ont été prévenus, à de nombreuses reprises, qu'ils devaient respecter leur serment et ne trancher l'affaire qu'en fonction de la preuve qui leur avait été présentée. On leur a aussi rappelé qu'ils avaient l'obligation d'être en désaccord s'il convenait de le faire. Comparativement à ces éléments, il y a une brève mention des inconvénients et du coût d'un nouveau procès pour le public. Dans ces circonstances, je conclus qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que cette mention ait influé sur le verdict du jury.

Par conséquent, je suis incapable de conclure qu'une erreur de droit a été commise. Cela suffirait normalement pour trancher l'affaire. Cependant, étant donné les commentaires du juge Cory au

need for a model exhortation, I propose to consider briefly this issue as well.

Model Exhortations

The adoption of a model exhortation has occurred in several common law countries including England, New Zealand and Australia. Such a development is seen as desirable in that it cuts down on the number of appeals in this area by providing a certain stability in the law. Nevertheless, as with any "model" form, this stability comes at a certain price. As I mentioned at the outset of my reasons, no two trials are exactly alike and the panoply of situations which can arise often results in the need for different exhortations.

To illustrate, I will contrast the situation which occurred in this case with that in *Littlejohn, supra*. In the latter case, the jury sent the trial judge a note which expressed the fact that one juror knew of guilt but was unwilling to express it so as to make the jury unanimous. As a result, the judge gave an exhortation which focused on the importance of the oath, as well as his thought that someone may have been avoiding the duty they had sworn to do. It is evident that this type of exhortation would not have been necessary or appropriate in the case at bar. Similarly, neither the exhortation given in this case nor the model exhortation proposed by Cory J. would have been proper to deal with that type of situation. I believe, therefore, that in setting out a model exhortation we must urge trial judges to feel free to depart from this formula in situations which require it, as they are the people best able to assess the needs of each individual case.

Nevertheless, I can see how a model exhortation would be desirable to deal with the common occurrence where a jury is deadlocked, and the trial judge is not concerned by any additional problem needing to be addressed. In this type of situation, I believe the exhortation suggested by Cory J. would be acceptable. In my view, however, an exhortation along the lines proposed by the New Zealand Court of Appeal in *Accused, supra*, is preferable as

sujet de la nécessité d'un modèle d'exhortation, je compte aussi examiner brièvement cette question.

Modèles d'exhortation

Plusieurs pays de common law, dont l'Angleterre, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, ont adopté un modèle d'exhortation. Une telle mesure est jugée souhaitable étant donné qu'elle permet de réduire le nombre d'appels dans ce domaine en assurant une certaine stabilité du droit. Néanmoins, comme pour toute formule «modèle», cette stabilité a un prix. Comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, il n'y a pas deux procès identiques et la multitude des situations qui peuvent se présenter a souvent pour effet de nécessiter des exhortations différentes.

À titre d'exemple, je vais comparer la situation en l'espèce avec celle qui s'est présentée dans l'arrêt *Littlejohn*, précité. Dans ce dernier cas, le jury avait envoyé au juge du procès une note l'informant qu'un juré savait que l'accusé était coupable, mais refusait de le dire et de permettre ainsi au jury d'être unanime. Le juge a donc adressé une exhortation dans laquelle il a insisté sur l'importance du serment, et il leur a fait part de son avis que quelqu'un cherchait peut-être à se soustraire au devoir qu'il avait juré de remplir. Il est évident que ce type d'exhortation n'aurait pas été nécessaire ou approprié ici. De même, ni l'exhortation adressée dans la présente affaire ni le modèle d'exhortation proposé par le juge Cory n'auraient permis de régler ce type de situation. Je crois donc qu'en énonçant un modèle d'exhortation nous devons inciter les juges du procès à se sentir libres d'y déroger si nécessaire, étant donné qu'ils sont les personnes les mieux placées pour apprécier les besoins particuliers de chaque affaire.

Je puis néanmoins voir en quoi un modèle d'exhortation serait souhaitable pour faire face aux cas fréquents où un jury est incapable de se mettre d'accord et où le juge n'est pas aux prises avec d'autres problèmes. Je crois que l'exhortation proposée par le juge Cory serait acceptable dans des situations de ce genre. À mon avis, cependant, une exhortation qui s'inspire de celle proposée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'arrêt

it is more likely to achieve the important goal of urging a jury to reach a verdict.

Accused, précité, est préférable parce qu'elle est plus susceptible de permettre d'atteindre l'objectif important de presser un jury à parvenir à un verdict.

Conclusion

98

As I have concluded that there was no error of law made in the courts below, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Conclusion

Étant donné que j'ai conclu que les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur de droit, je rejette le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.