

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Appellant

v.

**Chiheb Esseghaier and
Raed Jaser** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta and
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Interveners

INDEXED AS: R. v. ESSEGHAIER

2021 SCC 9

File No.: 38861.

Hearing and judgment: October 7, 2020.

Reasons delivered: March 5, 2021.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Curative proviso — Jury selection process — Accused convicted of terrorism offences — Accused appealing convictions on basis that jury improperly constituted — Court of Appeal overturning convictions and ordering new trial — Court of Appeal holding that jury selection error could not be cured by operation of curative proviso at s. 686(1)(b)(iv) of Criminal Code — Whether curative proviso can be applied to cure procedural errors occurring during jury selection process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iv).

In 2013, E and J were charged with a series of terrorism offences. In light of the seriousness of the allegations and the high-profile nature of the case, the parties agreed that challenges for cause were necessary to ensure the impartiality of the jury. At the time, the *Criminal Code*

Sa Majesté la Reine du chef du Canada
Appelante

c.

**Chiheb Esseghaier et
Raed Jaser** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta et
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. ESSEGHAIER

2021 CSC 9

N° du greffe : 38861.

Audition et jugement : 7 octobre 2020.

Motifs déposés : 5 mars 2021.

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

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

Droit criminel — Appels — Disposition réparatrice — Processus de sélection des jurés — Accusés déclarés coupables d'infractions de terrorisme — Appel interjeté par les accusés à l'encontre des déclarations de culpabilité au motif que le jury n'avait pas été régulièrement constitué — Déclarations de culpabilité annulées et tenue d'un nouveau procès ordonnée par la Cour d'appel — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il ne pouvait être remédié à l'irrégularité dans la sélection des jurés par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du Code criminel — La disposition réparatrice peut-elle être appliquée pour remédier aux erreurs de procédure survenant pendant le processus de sélection des jurés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iv).

En 2013, E et J ont été accusés d'avoir commis de nombreuses infractions en matière de terrorisme. Vu la gravité des allégations et la nature très médiatisée de la cause, les parties ont convenu que des récusations motivées étaient nécessaires afin d'assurer l'impartialité du jury.

provided two procedures for trying challenges for cause: rotating triers, the default procedure, and static triers. Prior to the introduction of static triers, it was accepted that trial judges had a common law discretion to order the exclusion of prospective jurors when rotating triers were being used in order to preserve their impartiality.

J sought to use rotating triers and asked the trial judge to exercise his common law discretion to exclude prospective jurors during the challenge for cause process. If his request could not be satisfied, he wanted static triers. The trial judge denied the request. In his view, the introduction of static triers had ousted the common law discretion to order the exclusion of prospective jurors where rotating triers were being used. In any event, he would not have exercised the discretion even if he had it. To grant the request would be to expose the members of the jury to the potentially partial comments of prospective jurors and, thereby, risk undermining trial fairness. The trial judge therefore made an order to exclude all jurors, both sworn and unsworn, and for the appointment of static triers.

E and J were subsequently convicted and sentenced to life imprisonment. Their ensuing appeal was bifurcated so that the Court of Appeal could first address the jury selection issue. In allowing the appeal and ordering a new trial, the Court of Appeal determined that the trial judge had erred in concluding that the common law discretion did not exist and in alternatively deciding that he should not exercise it. This error could not be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* for two reasons: (1) errors affecting the composition of the jury lead to an improperly constituted court, thereby depriving the trial court of jurisdiction over the class of offence (for both E and J); and (2) even if the trial court had jurisdiction, the error caused prejudice to the accused person as a result of its negative effect on the appearance of the fairness of the proceedings and the due administration of justice.

À l'époque, le *Code criminel* prévoyait deux procédures permettant de trancher les récusations motivées : la procédure des vérificateurs par rotation, la procédure applicable par défaut, et celle des vérificateurs permanents. Avant l'adoption de la procédure des vérificateurs permanents, il était admis que les juges du procès disposaient d'un pouvoir discrétionnaire de common law leur permettant d'ordonner l'exclusion de candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée, afin de préserver leur impartialité.

J a demandé que la procédure des vérificateurs par rotation soit utilisée et que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de common law afin d'exclure les candidats jurés durant le processus de récusations motivées. S'il ne pouvait être satisfait à sa demande, il souhaitait que la procédure des vérificateurs permanents soit utilisée. Le juge du procès a rejeté la demande. À son avis, l'instauration de la procédure des vérificateurs permanents avait eu pour effet d'écarter le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'exclusion des candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Quoi qu'il en soit, le juge du procès n'aurait pas exercé le pouvoir discrétionnaire, même s'il l'avait eu. Faire droit à la demande aurait eu pour effet d'exposer les membres du jury aux commentaires potentiellement partiels de candidats jurés, et aurait ainsi entraîné le risque de miner l'équité du procès. Le juge du procès a donc ordonné l'exclusion de tous les jurés — assermentés ou non — et la désignation de vérificateurs permanents.

E et J ont subséquemment été déclarés coupables et condamnés à des peines d'emprisonnement à perpétuité. L'appel qu'ils ont interjeté par la suite a été scindé, de sorte que la Cour d'appel examine d'abord la question relative à la sélection des jurés. En accueillant l'appel et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, la Cour d'appel a décidé que le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il a conclu que le pouvoir discrétionnaire de common law n'existait pas et décidé de façon subsidiaire qu'il ne devrait pas l'exercer. Une telle erreur ne pouvait être corrigée au moyen de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, pour deux raisons : (1) les erreurs touchant la composition du jury entraînent la constitution irrégulière du tribunal, privant ainsi le tribunal de première instance de la compétence à l'égard de la catégorie d'infractions (tant dans le cas de E que dans le cas de J); et (2) même si le tribunal de première instance était compétent, l'erreur a causé un préjudice à l'accusé en raison des incidences défavorables sur l'apparence du caractère équitable de la procédure et sur la bonne administration de la justice.

Held: The appeal should be allowed, the convictions restored, and the remaining grounds of appeal remitted to the Court of Appeal.

The jury for both E and J was improperly constituted. The trial judge erred in both his primary and alternative conclusions with respect to J's application. The common law discretion to exclude prospective jurors while using rotating triers existed, and the trial judge's refusal to exercise his discretion was unreasonable. However, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* can be applied to cure the trial judge's error.

The curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) can be applied to cure jury selection errors where the "trial court had jurisdiction over the class of offence" and the court of appeal is of the opinion that "the appellant suffered no prejudice" as a result of the error. The phrase "jurisdiction over the class of offence" in s. 686(1)(b)(iv) is to be interpreted in accordance with the jurisdictional provisions established by Parliament in the *Criminal Code*. In combination, ss. 468, 469 and 785 of the *Criminal Code* delineate three classes of offences and the courts' powers to try persons charged with those offences: (1) indictable offences listed in s. 469, which are within the exclusive jurisdiction of the superior court; (2) indictable offences not listed in s. 469, which are within the jurisdiction of both the provincial court and the superior court; and (3) summary conviction offences, which are within the exclusive jurisdiction of the provincial court. The requirement in s. 686(1)(b)(iv) that the "trial court had jurisdiction over the class of offence" refers to these three classes of offences and the jurisdictional capacity of the superior and provincial courts to try them.

To limit the proviso's application to cases where the jury was properly constituted would be plainly inconsistent with the purpose of s. 686(1)(b)(iv), which is to expand the remedial powers of the courts of appeal to engage with jurisdictional errors and assess any prejudice that may have flowed from them. To achieve its purpose, Parliament intended the proviso to be flatly inapplicable only where the trial court was not statutorily empowered to try the class of offence, or where the accused had suffered prejudice. Accordingly, for the purposes of the proviso, "jurisdiction" is concerned only with the trial court's capacity

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont rétablies, et les moyens d'appel restants sont renvoyés à la Cour d'appel.

Le jury, à la fois de E et de J, a été irrégulièrement constitué. Le juge du procès a commis une erreur tant dans sa conclusion principale que dans sa conclusion subsidiaire relativement à la demande de J. Le pouvoir discrétionnaire de common law d'exclure les candidats jurés continuait d'exister lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée, et le refus du juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. Toutefois, la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* peut être appliquée afin de remédier à l'erreur commise par le juge du procès.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) peut être appliquée afin de remédier à des erreurs commises lors de la sélection des jurés lorsque le « tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » et la cour d'appel est d'avis qu'« aucun préjudice n'a été causé à l'appelant » par cette irrégularité. L'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » du sous-al. 686(1)(b)(iv) doit être interprétée conformément aux dispositions en matière de compétence établies par le Parlement dans le *Code criminel*. Ensemble, les art. 468, 469 et 785 du *Code criminel* délimitent trois catégories d'infractions et les pouvoirs des cours de juger les personnes inculpées de ces infractions : (1) les actes criminels énumérés à l'art. 469, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour supérieure; (2) les actes criminels non énumérés à l'art. 469, qui relèvent de la compétence à la fois de la cour provinciale et de la cour supérieure; et (3) les infractions poursuivies par procédure sommaire, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour provinciale. L'exigence formulée au sous-al. 686(1)(b)(iv) — à savoir que « le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » — renvoie à ces trois catégories d'infractions et à la compétence juridictionnelle des cours supérieures et provinciales de juger ces infractions.

Le fait de limiter l'application de la disposition réparatrice aux affaires dans lesquelles le jury a été régulièrement constitué serait carrément incompatible avec l'objectif du sous-al. 686(1)(b)(iv), qui est d'élargir les pouvoirs des cours d'appel en matière de réparation afin de traiter les erreurs de compétence et d'évaluer tout préjudice qui aurait pu en découler. Dans le but d'atteindre son objectif, le Parlement voulait que la disposition réparatrice soit absolument inapplicable seulement lorsque le tribunal de première instance n'avait pas le pouvoir issu de la loi de juger la catégorie d'infractions ou lorsqu'un préjudice avait été causé à l'accusé.

to deal with the subject-matter of the charge, as it is only a lack of subject-matter jurisdiction that deprives the court *ab initio* of all jurisdiction. It is not concerned with the timing of the procedural error, nor with its consequences for the appellant's trial. Such inquiries into the nature and consequence of the error are best left to the prejudice analysis. If an appeal court is satisfied that the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted, the proviso inquiry turns to the second requirement: whether the appellant "suffered no prejudice". In the context of applying s. 686(1)(b)(iv) to a procedural error in jury selection, the prejudice inquiry is focused solely upon the risk of depriving accused persons of their right, under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to a fair trial by an independent and impartial jury. Where the appellant is able to show that a procedural error led to an improperly constituted jury, the onus shifts to the Crown to show, on a balance of probabilities, that the appellant was not deprived of their right to a fair trial by an independent and impartial jury and, consequently, suffered no prejudice.

In this case, both statutory requirements in s. 686(1)(b)(iv) are met. The trial court had jurisdiction over the class of offence, as the offences at issue were indictable and the Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over all indictable offences. There was also no prejudice to either E or J. Although the use of static triers was incorrect in the circumstances, it was one of the two legally sanctioned procedures for trying challenges for cause at the time of the trial. Further, the risk of juror tainting was removed, as both the sworn and unsworn jurors were excluded from the courtroom. The actual implementation of the procedure by both the trial judge and the static triers was also handled with the requisite care and attention to ensure that the fair trial rights of E and J were protected. A reasonable person would perceive E and J to have received a fair trial before an independent and impartial jury. While E and J did not receive the exact trial they wanted, the law does not demand perfect justice, but fundamentally fair justice. This is what they received.

Par conséquent, pour l'application de la disposition réparatrice, le terme « compétent » vise uniquement l'aptitude du tribunal de première instance de traiter de l'objet de l'accusation, puisque seul un défaut à l'égard de la compétence *ratione materiae* prive le tribunal de toute compétence *ab initio*. Elle ne vise pas le moment où l'erreur en matière de procédure s'est produite ni les conséquences de celle-ci sur le procès de l'appellant. De telles analyses portant sur la nature et les conséquences de l'erreur correspondent mieux à l'analyse portant sur le préjudice. Si une cour d'appel est convaincue que le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont font partie celles à l'égard desquelles l'appellant a été déclaré coupable, l'examen de la disposition réparatrice se concentre sur la seconde exigence : la question de savoir si « aucun préjudice n'a été causé à » l'appellant. Dans le cadre de l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv) à une erreur de procédure lors de la sélection des jurés, l'examen du préjudice est uniquement axé sur le risque de priver les personnes accusées de leur droit à un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial, en vertu de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Lorsque l'appellant peut démontrer que le jury a été irrégulièrement constitué en raison d'une erreur de procédure, il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et la Couronne doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'appellant n'a pas été privé de son droit à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial et, par conséquent, qu'aucun préjudice ne lui a été causé.

En l'espèce, il est satisfait aux deux exigences législatives du sous-al. 686(1)(b)(iv). Le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions, parce que les infractions en question sont des actes criminels et la Cour supérieure de justice de l'Ontario est compétente à l'égard de tout acte criminel. Aussi, aucun préjudice n'a été causé ni à E ni à J. Bien qu'il ait été erroné dans les circonstances de recourir à des vérificateurs permanents, il s'agissait d'une des deux procédures autorisées par la loi pour trancher les récusations motivées à l'époque où le procès a eu lieu. En outre, le risque manifeste d'influence des jurés a été éliminé, car les jurés — assermentés ou non — ont été exclus de la salle d'audience. La mise en œuvre concrète de la procédure, tant par le juge du procès que par les vérificateurs permanents, a aussi été effectuée avec la diligence et l'attention nécessaires pour veiller à ce que les droits de E et de J à un procès équitable soient protégés. Une personne raisonnable conclurait que E et J ont subi un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial. Bien que E et J n'aient pas obtenu exactement le procès qu'ils souhaitaient, la loi exige non pas une justice parfaite, mais une justice fondamentalement équitable. C'est ce qu'ils ont obtenu.

Cases Cited

Overruled: *R. v. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357; **considered:** *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; **referred to:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. v. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *R. v. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317; *R. v. Nouredine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23; *R. v. W.V.*, 2007 ONCA 546; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696; *R. v. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, rev'd [1992] 3 S.C.R. 471; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, 2005 SCC 6, [2005] 1 S.C.R. 47; *R. v. Yummu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code (criminal procedure, language of the accused, sentencing and other amendments), S.C. 2008, c. 18, s. 26.
An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2019, c. 25, s. 272.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II.1, ss. 83.18(1), 83.2, 248, 465(1)(a), (c), 468, 469, 536, 536.1, 640(1), 686(1)(b)(iii), (iv), 785.
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rouleau, Hourigan and Zarnett JJ.A.), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388, [2019] O.J. No. 4373 (QL), 2019 CarswellOnt 13667 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused for terrorism offences and ordering a new trial. Appeal allowed.

Kevin Wilson and Amber Pashuk, for the appellant.

Erin Dann and Sarah Weinberger, for the respondent Chiheb Esseghaier.

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *R. c. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357; **arrêt examiné :** *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; **arrêts mentionnés :** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. c. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *R. c. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317; *R. c. Nouredine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23; *R. c. W.V.*, 2007 ONCA 546; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696; *R. c. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, inf. par [1992] 3 R.C.S. 471; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, 2005 CSC 6, [2005] 1 R.C.S. 47; *R. c. Yummu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie II.1, art. 83.18(1), 83.2, 248, 465(1)a), c), 468, 469, 536, 536.1, 640(1), 686(1)b)(iii), (iv), 785.
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. 1985, c. 27 (1^{er} suppl.), art. 145(1).
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, L.C. 2019, c. 25, art. 272.
Loi modifiant le Code criminel (procédure pénale, langue de l'accusé, détermination de la peine et autres modifications), L.C. 2008, c. 18, art. 26.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rouleau, Hourigan et Zarnett), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388, [2019] O.J. No. 4373 (QL), 2019 CarswellOnt 13667 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour infractions de terrorisme prononcées contre les accusés et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Kevin Wilson et Amber Pashuk, pour l'appelante.

Erin Dann et Sarah Weinberger, pour l'intimé Chiheb Esseghaier.

Megan Savard and Riaz Sayani, for the respondent Raed Jaser.

Michael Perlin, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Andrew Barg, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Nathan Gorham, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario)

The reasons for judgment of the Court were delivered by

MOLDAVER AND BROWN JJ. —

I. Overview

[1] In 1985, Parliament enacted s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to allow courts of appeal to uphold a conviction where, despite a procedural irregularity at trial, the “trial court had jurisdiction over the class of offence” and the court of appeal was of the opinion that “the appellant suffered no prejudice” as a result of the error (*Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145(1)).

[2] In *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, this Court explained that Parliament’s aim in enacting s. 686(1)(b)(iv) was to broaden the powers of appellate courts to cure certain procedural errors that had formerly been viewed as incurable as a result of their effect on the “jurisdiction” of the court (paras. 13 and 16). The purpose of the provision was to move from characterizing such jurisdictional errors as automatically fatal to a conviction, toward a process by which appellate courts could uphold a conviction where, despite the procedural error, the accused person had suffered no prejudice (paras. 16 and 18).

Megan Savard et Riaz Sayani, pour l’intimé Raed Jaser.

Michael Perlin, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Andrew Barg, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Nathan Gorham, pour l’intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LES JUGES MOLDAVER ET BROWN —

I. Aperçu

[1] En 1985, le Parlement a adopté le sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, afin de permettre aux cours d’appel de confirmer une déclaration de culpabilité lorsque, malgré une irrégularité de procédure au procès, le « tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » et la cour d’appel était d’avis qu’« aucun préjudice n’a été causé à [l’appelant] » par cette irrégularité (*Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. 1985, c. 27 (1^{er} suppl.), par. 145(1)).

[2] Dans l’arrêt *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, la Cour a expliqué que, lorsque le Parlement a adopté le sous-al. 686(1)(b)(iv), son objectif était d’élargir les pouvoirs des cours d’appel de remédier à certaines erreurs procédurales qui étaient auparavant considérées comme irrémédiables en raison de leur effet sur la « compétence » du tribunal (par. 13 et 16). L’objet de la disposition était de passer de la qualification de telles erreurs de compétence comme étant automatiquement fatales à la déclaration de culpabilité, à un processus par lequel les cours d’appel pouvaient confirmer une déclaration de culpabilité lorsque, malgré l’erreur de procédure, aucun préjudice n’avait été causé à la personne accusée (par. 16 et 18).

[3] At issue in this appeal is whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) can be applied to cure procedural errors that occur during the jury selection process.

[4] In April 2013, the respondents, Chiheb Esseghaier and Raed Jaser, were charged with a series of terrorism offences under the *Criminal Code*. In light of the seriousness of the allegations and the high-profile nature of the case, the parties agreed that challenges for cause were necessary to ensure the impartiality of the jury.

[5] At the time, the *Criminal Code* provided two procedures for trying challenges for cause — rotating triers and static triers. Mr. Jaser wanted rotating triers. He also wanted the trial judge to exercise his common law discretion to exclude prospective jurors from the courtroom during the challenge for cause process. If his request could not be satisfied, he wanted static triers.

[6] The trial judge refused Mr. Jaser's request, concluding that trial judges no longer had the authority to exclude unsworn jurors where the rotating triers process was being used. In any event, he would not have exercised the discretion even if he had it. To grant Mr. Jaser's request would be to expose the sworn jurors — members of the jury — to the potentially partial comments of prospective jurors and, thereby, risk undermining trial fairness. The trial judge thus imposed static triers in accordance with Mr. Jaser's alternate position. Mr. Esseghaier, who rejected the authority of the *Criminal Code* in its entirety, made no submissions as to the appropriate procedure for trying the challenges for cause.

[3] La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iv) peut être appliquée pour remédier à des erreurs de procédure se produisant pendant le processus de sélection des jurés.

[4] En avril 2013, les intimés, Chiheb Esseghaier et Raed Jaser, ont été accusés d'avoir commis de nombreuses infractions en matière de terrorisme, selon le *Code criminel*. Vu la gravité des allégations et la nature très médiatisée de la cause, les parties ont convenu que des récusations motivées étaient nécessaires afin d'assurer l'impartialité du jury.

[5] À l'époque, le *Code criminel* prévoyait deux procédures permettant de trancher les récusations motivées — la procédure des « vérificateurs par rotation » (*rotating triers*) et celle des « vérificateurs permanents » (*static triers*). Monsieur Jaser souhaitait que la procédure des vérificateurs par rotation soit utilisée. Il désirait également que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de common law d'exclure les candidats jurés de la salle d'audience pendant le processus des récusations motivées. S'il ne pouvait être satisfait à sa demande, il souhaitait que la procédure des vérificateurs permanents soit utilisée.

[6] Le juge du procès a rejeté la demande de M. Jaser, concluant que les juges qui président le procès n'avaient plus le pouvoir d'exclure les jurés non assermentés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Quoi qu'il en soit, le juge du procès n'aurait pas exercé le pouvoir discrétionnaire, même s'il l'avait eu. Faire droit à la demande de M. Jaser aurait eu pour effet d'exposer les jurés assermentés — les membres du jury — aux commentaires potentiellement partiaux de candidats jurés, et aurait ainsi entraîné le risque de miner l'équité du procès. Le juge du procès a donc ordonné le recours à la procédure des vérificateurs permanents, conformément à la demande subsidiaire de M. Jaser. Monsieur Esseghaier, qui refusait totalement d'être assujéti au *Code criminel*, n'a fait aucune observation sur la procédure adéquate permettant de trancher les récusations motivées.

[7] Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were subsequently convicted and sentenced to life imprisonment. They appealed on a number of grounds, including whether the trial judge had erred in denying Mr. Jaser's request for rotating triers. Prior to the hearing, however, it was decided to bifurcate the appeal and have the court address the jury selection issue first.

[8] On the basis of the jury selection issue, the Court of Appeal for Ontario overturned the convictions and directed a new trial (2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388). In the court's opinion, the trial judge retained the common law authority to grant Mr. Jaser's request, and he should have exercised it. The imposition of static triers against Mr. Jaser's wishes meant that the jury — and thus the court — had been improperly constituted. The convictions could not stand, and the error could not be cured by the operation of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv).

[9] The Crown obtained leave to appeal to this Court. After hearing oral argument, the Court allowed the appeal with reasons to follow. These are those reasons.

[10] In our view, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) can be applied to cure jury selection errors. And, as we will explain, the proviso can cure the particular error in this case, as both statutory requirements in s. 686(1)(b)(iv) are met: (1) the trial court had jurisdiction over the class of offence, as the offences at issue were indictable and the Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over all indictable offences; and (2) there was no prejudice to either Mr. Esseghaier or Mr. Jaser. The procedure used, though technically incorrect, was one of two alternatives by which Parliament sought to ensure that an accused person's right to a fair trial by an independent and impartial jury was protected. While Mr. Esseghaier and Mr. Jaser did not receive the specific jury selection process they wanted, our law does not demand procedurally perfect justice, but

[7] Messieurs Esseghaier et Jaser ont subséquemment été déclarés coupables et condamnés à des peines d'emprisonnement à perpétuité. Ils ont interjeté appel, invoquant de nombreux moyens, y compris la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il a rejeté la demande de M. Jaser de recourir à la procédure des vérificateurs par rotation. Toutefois, avant l'audience, il a été décidé de scinder l'appel pour que la cour examine d'abord la question relative à la sélection des jurés.

[8] Se fondant sur la question de la sélection des jurés, la Cour d'appel de l'Ontario a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388). La cour était d'avis que le juge du procès avait conservé le pouvoir de common law lui permettant de faire droit à la demande de M. Jaser, et qu'il aurait dû l'exercer. Le fait d'imposer la procédure des vérificateurs permanents, malgré l'opposition de M. Jaser, a fait en sorte que le jury — et donc, le tribunal — a été irrégulièrement constitué. Les déclarations de culpabilités ne pouvaient pas être maintenues, et on ne pouvait pas remédier à l'irrégularité par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv).

[9] La Couronne a obtenu l'autorisation d'interjeter appel à la Cour. Après avoir entendu les observations orales, la Cour a accueilli le pourvoi, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

[10] Nous sommes d'avis que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) peut être appliquée afin de remédier à des erreurs commises lors de la sélection des jurés. Qui plus est, comme nous l'expliquerons, la disposition réparatrice permet de remédier à l'erreur particulière commise en l'espèce, car il est satisfait aux deux exigences législatives du sous-al. 686(1)(b)(iv) : (1) le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions, parce que les infractions en question sont des actes criminels et la Cour supérieure de justice de l'Ontario est compétente à l'égard de tout acte criminel; et (2) aucun préjudice n'a été causé à MM. Esseghaier et Jaser. La procédure suivie, même si elle était techniquement irrégulière, était l'une des deux options offertes par le Parlement afin de garantir que le droit de toute personne accusée à

fundamentally fair justice (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193). This is what they received.

II. Background

[11] On April 22, 2013, Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were arrested and charged with various terrorism offences under Part II.1 of the *Criminal Code*. Specifically, both men were charged with conspiracy to damage transportation infrastructure with intent to endanger safety for the benefit of a terrorist group (ss. 83.2, 248 and 465(1)(c)), conspiracy to commit murder for the benefit of a terrorist group (ss. 83.2 and 465(1)(a)), and two counts each of participating in or contributing to the activity of a terrorist group (s. 83.18(1)). Mr. Esseghaier was also charged with a further count of participating in or contributing to the activity of a terrorist group.

[12] In substance, the various charges alleged that Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were members of a terrorist group planning a series of “plots” designed to kill people. The primary plot, the “train plot”, was to derail a VIA passenger train traveling between Toronto and New York, with the ultimate aim of killing the passengers. An alternate plot, the “sniper plot”, was to use a rifle to assassinate prominent persons.

[13] The joint trial began on January 23, 2015. By then, the trial judge had heard a series of pre-trial motions, two of which are relevant to this appeal.

[14] First, on March 14, 2014, after it had become clear that Mr. Esseghaier would likely be self-represented, the Crown moved for the appointment

un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial soit protégé. Bien que MM. Esseghaier et Jaser n’aient pas obtenu la procédure particulière de sélection des jurés qu’ils souhaitaient, la loi exige non pas une justice parfaite sur le plan procédural, mais une justice fondamentalement équitable (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193). C’est ce qu’ils ont obtenu.

II. Contexte

[11] Le 22 avril 2013, MM. Esseghaier et Jaser ont été arrêtés et inculpés de diverses infractions de terrorisme, au titre de la Partie II.1 du *Code criminel*. Plus précisément, les deux hommes ont été inculpés de complot en vue d’endommager des biens employés au transport avec l’intention de porter atteinte à la sécurité d’une personne au profit d’un groupe terroriste (art. 83.2 et 248 et al. 465(1)c)), de complot en vue de commettre un meurtre au profit d’un groupe terroriste (art. 83.2 et al. 465(1)a)), et de deux chefs chacun de participation ou de contribution à une activité d’un groupe terroriste (par. 83.18(1)). Monsieur Esseghaier a aussi été inculpé d’un autre chef de participation ou de contribution à une activité d’un groupe terroriste.

[12] Pour l’essentiel, selon les diverses accusations, MM. Esseghaier et Jaser auraient été membres d’un groupe terroriste qui planifiait de nombreux [TRADUCTION] « complots » fomentés dans le but de tuer des personnes. Le complot principal, soit le « complot visant le train », avait pour objet de faire dérailler un train de voyageurs de VIA faisant le trajet entre Toronto et New York, et avait pour but ultime de tuer les passagers du train. Un complot subsidiaire, le « complot du tireur embusqué », consistait à utiliser une arme pour assassiner des personnes influentes.

[13] Le procès conjoint a commencé le 23 janvier 2015. À cette date-là, le juge du procès avait entendu de nombreuses requêtes préalables, dont deux sont importantes dans le présent pourvoi.

[14] Premièrement, le 14 mars 2014, après qu’il fut évident que M. Esseghaier se représenterait lui-même, la Couronne a demandé la nomination d’un

of *amicus curiae*. The trial judge granted this motion, finding that there were “specific and exceptional circumstances” that justified the appointment of *amicus* in a limited role (2014 ONSC 2277, at para. 41 (CanLII), quoting *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 47 and 115).

[15] Secondly, on December 9, 2014, the trial judge heard a joint motion from the Crown and Mr. Jaser on issues related to jury selection. In light of the high public profile of the case and the “climate where public concerns about terrorism offences and Islamic extremism ha[d] become pronounced”, the parties agreed that challenges for cause were necessary and appropriate to ensure the impartiality of the jury (2014 ONSC 7528, at para. 8 (CanLII)). The precise method for determining the challenges for cause, however, remained at issue.

[16] As we have already noted (at para. 5), the *Criminal Code* provided at the time two methods for trying challenges for cause — rotating triers and static triers. Rotating triers involved two random members of the jury panel serving as triers until the first jury member was chosen. The first juror would then replace one of the triers (who would be excused) and assume the role of trying whether the next prospective juror was impartial. This rotational pattern would continue until the full petit jury was selected.

[17] In 2008, Parliament introduced a second procedure for determining challenges for cause — static triers. This procedure involved the appointment of two persons who, instead of rotating, would decide all challenges themselves until the entire petit jury had been sworn in, after which they would not themselves become members of the jury.

amicus curiae. Le juge du procès a fait droit à cette requête, statuant que des [TRADUCTION] « circonstances spécifiques et exceptionnelles » justifiaient la nomination d’un *amicus curiae* dont le rôle serait limité (2014 ONSC 2277, par. 41 (CanLII), citant *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 47 et 115).

[15] Deuxièmement, le 9 décembre 2014, le juge du procès a entendu une requête conjointe de la Couronne et de M. Jaser portant sur des questions de sélection des jurés. À la lumière de la nature très médiatisée de la cause et du [TRADUCTION] « climat dans lequel les préoccupations du public relatives aux infractions terroristes et à l’extrémisme islamique étaient devenues fortes », les parties ont convenu que des récusations motivées étaient nécessaires et justifiées afin d’assurer l’impartialité du jury (2014 ONSC 7528, par. 8 (CanLII)). La procédure précise utilisée pour trancher les récusations motivées demeurait toutefois en litige.

[16] Comme nous l’avons déjà souligné (par. 5), à l’époque, le *Code criminel* prévoyait deux procédures pour trancher les récusations motivées — la procédure des vérificateurs par rotation et celle des vérificateurs permanents. Les vérificateurs par rotation étaient deux membres du tableau des jurés désignés de manière aléatoire comme vérificateurs jusqu’à ce que le premier juré soit choisi. Le premier juré remplaçait alors l’un des vérificateurs (qui était libéré) et assumait le rôle de vérificateur afin de décider si le prochain candidat juré était impartial. Cette procédure de rotation continuait jusqu’à ce que tous les membres du petit jury aient été choisis.

[17] En 2008, le Parlement a adopté une seconde procédure pour trancher les récusations motivées — les vérificateurs permanents. Cette procédure visait la nomination de deux personnes qui, au lieu de trancher leurs fonctions par rotation, trancheraient elles-mêmes toutes les récusations jusqu’à ce que tous les membres du petit jury soient assésentés; après cela, ces deux personnes ne devenaient pas elles-mêmes des membres du jury.

[18] Even after the 2008 amendments, rotating triers remained the default procedure. The static triers procedure would be applied only where the accused person sought the exclusion of all sworn and unsworn (prospective) jurors, and where the trial judge agreed that exclusion was “necessary to preserve the impartiality of the jurors” (*An Act to amend the Criminal Code (criminal procedure, language of the accused, sentencing and other amendments)*, S.C. 2008, c. 18, s. 26).¹

[19] An additional wrinkle is that, prior to the 2008 amendments, it was accepted that trial judges had a common law discretion to order the exclusion of prospective jurors when rotating triers were being used. This discretion was exercised where necessary to preserve the impartiality of prospective jurors by ensuring that they did not hear the questions put to, or answers given by, other prospective jurors. After the 2008 amendments, however, a live question arose in Ontario — as seen in contrasting lines of authority at the Superior Court of Justice (see, e.g., *R. v. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. v. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46) — as to whether the introduction of static triers had removed trial judges’ ability to use their discretion to exclude prospective jurors where rotating triers were being used (the theory being that exclusion could now occur only through the static triers process).

[20] At the motion hearing, Mr. Jaser sought to use the default method of rotating triers. He also asked the trial judge to exercise his common law discretion to exclude prospective jurors during the challenge for cause process. There was, as Mr. Jaser saw it, “important” value in having members of the jury

[18] Même après les modifications de 2008, la procédure applicable par défaut est demeurée celle des vérificateurs par rotation. La procédure des vérificateurs permanents s’appliquait uniquement lorsque la personne accusée demandait l’exclusion de tous les jurés — assermentés ou non (candidats) — et lorsque le juge du procès était d’avis que cette mesure était « nécessaire pour préserver l’impartialité du jury » (*Loi modifiant le Code criminel (procédure pénale, langue de l’accusé, détermination de la peine et autres modifications)*, L.C. 2008, c. 18, art. 26)¹.

[19] Une difficulté additionnelle résidait en ce que, avant les modifications de 2008, il était admis que les juges du procès disposaient d’un pouvoir discrétionnaire de common law leur permettant d’ordonner l’exclusion de candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Ce pouvoir discrétionnaire était exercé, au besoin, afin de préserver l’impartialité des candidats jurés pour faire en sorte que ces derniers n’entendent ni les questions posées aux autres candidats jurés ni les réponses à celles-ci. Pourtant, après les modifications de 2008, une question réelle a été soulevée en Ontario — comme l’illustrent des précédents divergents à la Cour supérieure de justice (voir, p. ex., *R. c. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. c. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46) — quant à savoir si la procédure des vérificateurs permanents avait retiré aux juges du procès leur aptitude à user de leur pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’exclusion de candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée (la théorie étant que l’exclusion ne pouvait désormais avoir lieu que par le moyen de la procédure des vérificateurs permanents).

[20] Lors de l’audition de la requête, M. Jaser a demandé le recours à la procédure par défaut, celle des vérificateurs par rotation. Il a aussi demandé que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de common law afin d’exclure des candidats jurés durant le processus de récusations motivées.

¹ As of September 19, 2019, challenges for cause are now tried exclusively by the trial judge pursuant to s. 640(1) of the *Criminal Code (An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts)*, S.C. 2019, c. 25, s. 272).

¹ Depuis le 19 septembre 2019, les récusations motivées sont tranchées exclusivement par le juge du procès, en vertu du par. 640(1) du *Code criminel (Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois)*, L.C. 2019, c. 25, art. 272).

involved in one another's selection (A.R., vol. III, at p. 51). Excluding prospective jurors would "ensure their convenience" and "ensure that they [we]ren't exposed to the process in terms of the challenge for cause ahead of time and be able to tailor answers" (p. 51). While recognizing that having the sworn jurors stay in the courtroom ran the risk of tainting, he saw this as a risk worth taking in order to have the jury "participate in the process" (p. 53). If, however, the common law discretion was unavailable — or if it was available but the trial judge declined to exercise it — Mr. Jaser indicated that he would move for static triers.

[21] Mr. Esseghaier expressed no view regarding the procedure for deciding challenges for cause, exclusion of jurors, or Mr. Jaser's motion. *Amicus* was not present at the hearing.

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice (Code J.), 2014 ONSC 7528*

[22] The trial judge denied Mr. Jaser's request. In his view, the introduction of static triers had ousted the common law discretion to order the exclusion of prospective jurors as a means of preserving impartiality where rotating triers were being used. As juror impartiality was the fundamental reason for the need to exclude prospective jurors in this case, the common law discretion no longer existed (paras. 41-42). He thus accepted Mr. Jaser's alternative position, agreeing that a static triers process was appropriate (para. 43).

[23] The trial judge added that, if he were wrong about the effect of the 2008 amendments, such that the common law discretion to exclude prospective

Il y avait, selon M. Jaser, une valeur [TRADUCTION] « importante » liée au fait que les membres du jury participeraient à la sélection les uns des autres (d.a., vol. III, p. 51). Le fait d'exclure des candidats jurés permettait de « leur éviter des inconvénients » et de « veiller à ce qu'ils ne soient pas exposés au processus de récusations motivées avant leur tour et qu'ils ne puissent adapter leurs réponses en conséquence » (p. 51). Tout en reconnaissant que, si les jurés assermentés demeuraient dans la salle d'audience, cela entraînerait un risque d'influence, M. Jaser a estimé que ce risque valait la peine d'être pris afin de permettre au jury de « participer au processus » (p. 53). Si, toutefois, le pouvoir discrétionnaire de common law ne pouvait pas être exercé — ou s'il pouvait être exercé, mais que le juge du procès s'y refusait — M. Jaser a indiqué qu'il demanderait alors de recourir à la procédure des vérificateurs permanents.

[21] Monsieur Esseghaier n'a exprimé aucune opinion relativement à la procédure à utiliser pour trancher les récusations motivées, l'exclusion des jurés, ou la requête de M. Jaser. L'*amicus curiae* n'était pas présent à l'audience.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Code), 2014 ONSC 7528*

[22] Le juge du procès a rejeté la demande de M. Jaser. À son avis, l'instauration de la procédure des vérificateurs permanents a eu pour effet d'écartier le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'exclusion des candidats jurés en guise de moyen visant à préserver l'impartialité lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Comme l'impartialité des jurés était la raison fondamentale justifiant d'exclure les candidats jurés en l'espèce, le pouvoir discrétionnaire de common law n'existait plus (par. 41-42). Il a donc fait droit à l'argument subsidiaire de M. Jaser, souscrivant à l'idée que la procédure des vérificateurs permanents était adéquate (par. 43).

[23] Le juge du procès a ajouté que, s'il avait commis une erreur quant à l'effet des modifications de 2008, de sorte que le pouvoir discrétionnaire de

jurors still existed for rotating triers where impartiality was the issue, he would nevertheless not exercise that discretion (para. 45). In his view, an order protecting only prospective jurors from tainting, but not the sworn jurors, would be an “improper” exercise of his discretion (at para. 45), as it would not “fulfil the judicial function of administering justice . . . in an . . . effective manner” (para. 46, quoting *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24). In particular, “it would be wrong to make such a limited and ineffective common law order, when a full and effective statutory remedy was readily available, pursuant to s. 640(2.1)” (para. 46).

[24] The trial judge therefore made an order to exclude all jurors, both sworn and unsworn, and for the appointment of static triers.

B. *Interim Proceedings (Trial, Sentencing, and Bifurcation)*

[25] After a two-month trial, the jury returned verdicts convicting Mr. Esseghaier on all counts and Mr. Jaser on all counts but one. Both were sentenced to life imprisonment with parole ineligibility set at 10 years from the date of their arrest.

[26] Mr. Esseghaier and Mr. Jaser appealed their convictions and sentences. Prior to the appeal hearing, however, Mr. Jaser and *amicus* brought a motion for a bifurcated hearing, in which the jury selection issue could be heard and determined in advance of the other grounds of appeal. The case management judge granted the request, noting that the record was sufficient to allow the jury selection ground to be argued separately, and that success could result in the quashing of the convictions (Bifurcation Ruling, reproduced in A.R., vol. II, at pp. 85-86). He

common law d’exclure les candidats jurés continuait d’exister dans le cadre de la procédure des vérificateurs par rotation lorsque l’impartialité était en cause, il n’exercerait néanmoins pas ce pouvoir discrétionnaire (par. 45). Selon le juge du procès, une ordonnance protégeant uniquement les candidats jurés contre le risque d’influence, mais pas les jurés assermentés, constituait un exercice [TRADUCTION] « inapproprié » de son pouvoir discrétionnaire (par. 45), car elle ne lui permettrait pas de « remplir [sa] fonction qui est de rendre justice [. . .] d’une manière [. . .] efficace » (par. 46, citant *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24). En particulier, [TRADUCTION] « il serait erroné d’ordonner une réparation de common law aussi limitée et inefficace lorsqu’il est possible, en application du par. 640(2.1), d’accorder une réparation d’origine législative qui est entière et efficace » (par. 46).

[24] Le juge du procès a donc ordonné l’exclusion de tous les jurés — assermentés ou non — et la désignation de vérificateurs permanents.

B. *Procédures interlocutoires (procès, détermination de la peine et scission)*

[25] À l’issue d’un procès qui a duré deux mois, le jury a rendu des verdicts déclarant M. Esseghaier coupable de tous les chefs d’accusation portés contre lui et M. Jaser coupable de tous les chefs d’accusation portés contre lui sauf un. Ils ont tous les deux été condamnés à des peines d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans à partir de la date de leur arrestation.

[26] Messieurs Esseghaier et Jaser ont interjeté appel de leurs déclarations de culpabilité et de leurs peines. Toutefois, avant l’audition de l’appel, M. Jaser et l’*amicus curiae* ont présenté une requête en vue de la scission de l’appel, afin que la question de la sélection des jurés puisse être entendue et tranchée avant les autres moyens d’appel. Le juge responsable de la gestion de l’instance a fait droit à cette requête, faisant observer que le dossier était suffisant pour permettre que le moyen d’appel fondé sur la sélection des jurés soit plaidé séparément,

therefore directed that it be argued in advance of the main appeal (p. 86).

C. *Court of Appeal for Ontario (Rouleau, Hourigan, and Zarnett J.J.A.), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388*

[27] In light of the decision to bifurcate, the only issue before the Court of Appeal was whether the trial judge had erred in denying Mr. Jaser’s request for rotating triers with prospective jurors excluded and, if so, whether that error could be cured by application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*.

[28] In allowing the appeal and ordering a new trial, the Court of Appeal determined that the trial judge had erred in concluding that the common law discretion did not exist (paras. 9 and 27, citing *R. v. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514, at paras. 34, 37 and 39; *R. v. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317, at paras. 35-36). The trial judge had also erred in alternatively deciding that he should not exercise his discretion, even if he had it. The trial judge had denied Mr. Jaser’s request on the basis that the statutory process he was electing — rotating triers — was incompatible with the need to preserve the impartiality of the jury in a case where there was a significant risk of tainting. This reasoning effectively rendered the common law discretion, as well as the very process of rotating triers, unavailable. As Mr. Jaser had not sought static triers, the risk of tainting was inevitable. Mr. Jaser’s request was intended to reduce that risk (paras. 54-56).

[29] This error — the denial of Mr. Jaser’s application to exclude unsworn jurors with rotating triers — could not be saved by the curative proviso, for two reasons: (1) errors affecting the composition of the

et que l’accueil de ce moyen d’appel pourrait entraîner l’annulation des déclarations de culpabilité (jugement sur la scission, reproduit dans d.a., vol. II, p. 85-86). Il a donc ordonné que cette question soit entendue avant l’appel principal (p. 86).

C. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rouleau, Hourigan et Zarnett), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388*

[27] Compte tenu de la décision de scinder l’appel, la seule question posée à la Cour d’appel était celle de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la demande de M. Jaser de recourir à la procédure des vérificateurs par rotation avec exclusion des candidats jurés, et si c’était le cas, s’il était possible de remédier à cette erreur par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iv) du *Code criminel*.

[28] Accueillant l’appel et ordonnant la tenue d’un nouveau procès, la Cour d’appel a décidé que le juge du procès avait commis une erreur lorsqu’il a conclu que le pouvoir discrétionnaire de common law n’existait pas (par. 9 et 27, citant *R. c. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514, par. 34, 37 et 39; *R. c. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317, par. 35-36). Le juge du procès avait aussi commis une erreur en concluant, de façon subsidiaire, que même s’il disposait de ce pouvoir discrétionnaire, il ne devait pas l’exercer. Le juge du procès avait rejeté la demande de M. Jaser au motif que la procédure choisie, prévue par la loi — les vérificateurs par rotation — était incompatible avec la nécessité de préserver l’impartialité du jury dans une cause où il existait un risque considérable d’influence. Ce raisonnement a effectivement écarté l’application du pouvoir discrétionnaire de common law et de la procédure même des vérificateurs par rotation. Comme M. Jaser n’avait pas sollicité le recours à la procédure des vérificateurs permanents, le risque d’influence était inévitable. La demande de M. Jaser visait à diminuer ce risque (par. 54-56).

[29] Une telle erreur — le rejet de la demande de M. Jaser d’exclure les jurés non assermentés et de procéder avec des vérificateurs par rotation — ne pouvait être corrigée au moyen de la disposition

jury lead to an improperly constituted court, thereby depriving the trial court of jurisdiction over the class of offence (for both Mr. Esseghaier and Mr. Jaser) (at paras. 70 and 75-77, citing *R. v. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23, at paras. 52-53 and 61; see also *R. v. W.V.*, 2007 ONCA 546, at para. 26 (CanLII)); and (2) even if the trial court had jurisdiction, the error caused prejudice to the accused person as a result of its negative effect on the appearance of the fairness of the proceedings and the due administration of justice (para. 71, citing *Noureddine*, at para. 64).

IV. Issues

[30] This appeal presents three issues:

- (1) Did the Court of Appeal err in finding that the jury was improperly constituted?
- (2) If the jury was improperly constituted, did the Court of Appeal err in finding that the error could not be cured by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*?
- (3) If the appeal is allowed, what is the appropriate remedy?

V. Analysis

A. *The Jury Was Improperly Constituted*

[31] We agree with the Court of Appeal that the jury for both Mr. Esseghaier and Mr. Jaser was improperly constituted. The trial judge erred in both his primary and alternative conclusions with respect to Mr. Jaser's application.

[32] With respect to the trial judge's primary finding, it was not disputed before us that the trial judge erred in concluding that the introduction of static triers in 2008 ousted the common law discretion to

réparatrice, et ce, pour deux raisons : (1) les erreurs touchant la composition du jury entraînent la constitution irrégulière du tribunal, privant ainsi le tribunal de première instance de la compétence à l'égard de la catégorie d'infractions (tant dans le cas de M. Esseghaier que dans le cas de M. Jaser) (par. 70 et 75-77, citant *R. c. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23, par. 52-53 et 61; voir aussi *R. c. W.V.*, 2007 ONCA 546, par. 26 (CanLII)); et (2) même si le tribunal de première instance était compétent, l'erreur a causé un préjudice à l'accusé en raison des incidences défavorables sur l'apparence du caractère équitable de la procédure et sur la bonne administration de la justice (par. 71, citant *Noureddine*, par. 64).

IV. Questions en litige

[30] Le présent pourvoi soulève trois questions :

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le jury avait été irrégulièrement constitué?
- (2) Si le jury a été irrégulièrement constitué, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'irrégularité ne pouvait être corrigée par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*?
- (3) Si le pourvoi est accueilli, quelle est la réparation appropriée?

V. Analyse

A. *Le jury a été irrégulièrement constitué*

[31] Nous souscrivons à l'avis de la Cour d'appel que le jury, à la fois de M. Esseghaier et de M. Jaser, a été irrégulièrement constitué. Le juge du procès a commis une erreur tant dans sa conclusion principale que dans sa conclusion subsidiaire relativement à la demande de M. Jaser.

[32] En ce qui a trait à la conclusion principale du juge du procès, il n'a pas été contesté devant nous que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'instauration en 2008 de la procédure

exclude prospective jurors while using rotating triers. The discretion existed.

[33] Turning to the trial judge’s alternative conclusion — that even if the discretion existed, he would not have exercised it — we agree with the Court of Appeal that the trial judge’s refusal to exercise his discretion was unreasonable. In light of Mr. Jaser’s desire to use rotating triers, the risk of tainting was inevitable. He accepted that risk, but wanted it reduced through the exercise of the common law discretion to exclude prospective jurors. While the trial judge may have thought this unwise, there was no basis for him to refuse the request. In our respectful view, he erred in doing so.

[34] As a result of the error, the jury was improperly constituted for Mr. Jaser, as it was incorrectly selected by static triers instead of rotating triers with prospective jurors excluded. The jury was also improperly constituted for Mr. Esseghaier, as he was improperly denied his right to rotating triers, the default procedure under the *Criminal Code*.

B. *The Curative Proviso in Section 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code*

[35] Section 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* states the following:

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

...

(b) may dismiss the appeal where

...

des vérificateurs permanents a écarté le pouvoir discrétionnaire de common law d’exclure les candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Ce pouvoir discrétionnaire continuait d’exister.

[33] Pour ce qui est de la conclusion subsidiaire du juge du procès — selon laquelle même si le pouvoir discrétionnaire existait, il ne l’aurait pas exercé — nous souscrivons à la conclusion de la Cour d’appel portant que le refus du juge du procès d’exercer son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. Compte tenu du souhait de M. Jaser de recourir à la procédure des vérificateurs par rotation, le risque d’influence était inévitable. Il a accepté ce risque, mais voulait qu’il soit atténué par l’exercice du pouvoir discrétionnaire de common law d’exclure les candidats jurés. Bien que le juge du procès ait pu croire que cela n’était pas judicieux, il n’y avait aucun fondement justifiant qu’il rejette la demande. Soit dit en tout respect, il a commis une erreur.

[34] En raison de l’erreur commise, le jury a été irrégulièrement constitué dans la cause de M. Jaser, car les jurés ont été irrégulièrement sélectionnés au moyen de la procédure des vérificateurs permanents plutôt que par celle des vérificateurs par rotation avec exclusion des candidats jurés. Le jury a aussi été irrégulièrement constitué dans la cause de M. Esseghaier, car il a été irrégulièrement privé de son droit à des vérificateurs par rotation, la procédure par défaut en vertu du *Code criminel*.

B. *La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iv) du Code criminel*

[35] Le sous-alinéa 686(1)b)(iv) du *Code criminel* dispose que :

686 (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité [...] la cour d’appel :

...

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

...

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

[36] This appeal calls upon this Court to clarify the meaning of the phrase “jurisdiction over the class of offence” in s. 686(1)(b)(iv) and to consider whether Mr. Esseghaier and Mr. Jaser “suffered no prejudice” such that the curative proviso may be applied in this case.

[36] Le présent pourvoi invite la Cour à préciser le sens de l'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » du sous-al. 686(1)b)(iv) et à examiner si « aucun préjudice n'a été causé » à MM. Esseghaier et Jaser, de sorte que la disposition réparatrice peut être appliquée en l'espèce.

[37] We turn first to the issue of jurisdiction.

[37] En premier lieu, nous analysons la question de la compétence.

(1) Jurisdiction Over the Class of Offence

(1) Compétence à l'égard de la catégorie d'infractions

[38] The phrase “jurisdiction over the class of offence” is not defined in the *Criminal Code* and its meaning has not yet been fully explored by this Court. The first steps to understanding its meaning, however, were taken by Arbour J. in *Khan*.

[38] L'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » n'est pas définie dans le *Code criminel* et son sens n'a pas été analysé de manière approfondie par la Cour. Les premières étapes pour mieux en saisir le sens ont toutefois été entreprises par la juge Arbour dans l'arrêt *Khan*.

[39] In reviewing the legislative history of s. 686(1)(b)(iv), Arbour J. explained that, at the time of the proviso's enactment, criminal procedure was replete with jurisdictional complexities that restricted the capacity of appellate courts to uphold convictions despite an absence of prejudice to the accused person (paras. 11-16). In introducing the proviso, Parliament's purpose was to “expan[d] the remedial powers of courts of appeal” to cure these serious procedural irregularities that had previously been deemed fatal to a conviction (para. 11). In order to give proper effect to this purpose, Arbour J. adopted the analysis of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, in which “jurisdiction over the class of offence” was taken to refer to the capacity of the trial court to deal with the “subject-matter of the charge” at issue (p. 47). This approach had been adopted nine years earlier by Gonthier J., in dissent, in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. With its scope conceptualized in this way, the proviso would have broad application,

[39] En faisant un survol de l'historique législatif du sous-al. 686(1)b)(iv), la juge Arbour a expliqué que, à l'époque de l'adoption de cette disposition, la procédure criminelle regorgeait de complexités en matière de compétence, lesquelles limitaient l'aptitude des cours d'appel à confirmer des déclarations de culpabilité malgré l'absence de préjudice causé à la personne accusée (par. 11-16). En adoptant la disposition réparatrice, le Parlement avait pour objectif d'« élargi[r] les pouvoirs des cours d'appel en matière de réparation » afin de remédier à de graves irrégularités en matière de procédure qui avaient auparavant été considérées comme étant fatales à une déclaration de culpabilité (par. 11). Pour donner un effet approprié à cet objectif, la juge Arbour a souscrit à l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, pour qui la « compéte[n]ce à l'égard de la catégorie d'infractions » s'entendait de la capacité du tribunal de première instance de traiter de [TRADUCTION] « l'objet de l'accusation » en question (p. 47). Cette

enabling appellate courts to engage with jurisdictional errors and determine whether they had caused any prejudice to the appellant.

[40] We agree with this approach. We would, however, take this opportunity to expand on *Khan*'s discussion of the proviso's scope in order to give greater clarity to the meaning of the phrase "jurisdiction over the class of offence". In our view, its meaning is properly understood in light of the jurisdictional provisions in the *Criminal Code*.

[41] The *Criminal Code* contains three provisions stating the jurisdiction of courts to try specific classes of offences — ss. 468, 469 and 785:

468 Every superior court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try any indictable offence.

469 Every court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try an indictable offence other than [treason, intimidating Parliament or a legislature, inciting to mutiny, seditious offences, piracy, piratical acts, murder, accessory after the fact to high treason or treason or murder, bribery by the holder of a judicial office, an offence under ss. 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, attempting to commit treason, intimidating Parliament or a legislature, inciting to mutiny, seditious offences, piracy, or piratical acts, and conspiracy to commit treason, intimidating Parliament or a legislature, inciting to mutiny, seditious offences, piracy, piratical acts, or murder].

785 ...

summary conviction court means a person who has jurisdiction in the territorial division where the subject-matter of the proceedings is alleged to have arisen and who

approche avait été adoptée neuf ans plus tôt par le juge Gonthier, dissident, dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Lorsque sa portée est conceptualisée de cette manière, la disposition réparatrice aurait un vaste champ d'application permettant aux cours d'appel d'examiner des erreurs de compétence et de déterminer si celles-ci n'avaient causé aucun préjudice à l'appelant.

[40] Nous souscrivons à cette approche. Toutefois, nous saisissons l'occasion de renchérir sur le débat concernant la portée de la disposition réparatrice dans l'arrêt *Khan* afin de préciser le sens de l'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions ». À notre avis, le sens de cette expression est évident à la lumière des dispositions en matière de compétence du *Code criminel*.

[41] Le *Code criminel* contient trois dispositions énonçant la compétence des cours pour juger des catégories particulières d'infractions, soit les art. 468, 469 et 785 :

468 Toute cour supérieure de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel.

469 Toute cour de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel autre [que les suivants : trahison, intimider le Parlement ou une législature, incitation à la mutinerie, infractions séditionnelles, piraterie, actes de piraterie, meurtre, être complice après le fait d'une haute trahison ou d'une trahison ou d'un meurtre, corruption par le détenteur de fonctions judiciaires, une infraction visée aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24, tentative de commettre la trahison, d'intimider le Parlement ou une législature, d'incitation à la mutinerie, d'infractions séditionnelles, de piraterie ou d'actes de piraterie, et de comploter en vue de commettre la trahison, d'intimider le Parlement ou une législature, d'incitation à la mutinerie, d'infractions séditionnelles, de piraterie ou d'actes de piraterie ou de meurtre].

785 ...

cour des poursuites sommaires Personne qui a juridiction dans la circonscription territoriale où le sujet des procédures a pris naissance, d'après ce qui est allégué, et, selon le cas :

(a) is given jurisdiction over the proceedings by the enactment under which the proceedings are taken,

(b) is a justice or provincial court judge, where the enactment under which the proceedings are taken does not expressly give jurisdiction to any person or class of persons, or

(c) is a provincial court judge, where the enactment under which the proceedings are taken gives jurisdiction in respect thereof to two or more justices;

a) à qui la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère une juridiction à leur égard;

b) qui est un juge de paix ou un juge de la cour provinciale, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées ne confère pas expressément juridiction à une personne ou catégorie de personnes;

c) qui est un juge de la cour provinciale, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère juridiction, en l'espèce, à deux ou plusieurs juges de paix.

[42] In combination, these provisions delineate three classes of offences and the courts' powers to try persons charged with those offences: (1) indictable offences listed in s. 469 of the *Criminal Code*, which are within the exclusive jurisdiction of the superior court; (2) indictable offences not listed in s. 469, which are within the jurisdiction of both the provincial court and the superior court; and (3) summary conviction offences, which are within the exclusive jurisdiction of the provincial court. In our view, the requirement in s. 686(1)(b)(iv) that the “trial court had jurisdiction over the class of offence” refers to these three classes of offences and the jurisdictional capacity of the superior and provincial courts to try them.

[42] Ensemble, ces dispositions délimitent trois catégories d'infractions et les pouvoirs des cours de juger les personnes inculpées de ces infractions : (1) les actes criminels énumérés à l'art. 469 du *Code criminel*, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour supérieure; (2) les actes criminels non énumérés à l'art. 469, qui relèvent de la compétence à la fois de la cour provinciale et de la cour supérieure; et (3) les infractions poursuivies par procédure sommaire, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour provinciale. À notre avis, l'exigence formulée au sous-al. 686(1)(b)(iv) — à savoir que « le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » — renvoie à ces trois catégories d'infractions et à la compétence juridictionnelle des cours supérieures et provinciales de juger ces infractions.

[43] Beyond the connection between the language of the proviso and the jurisdictional provisions in the *Criminal Code*, interpreting the phrase “jurisdiction over the class of offence” in accordance with those jurisdictional provisions aligns with this Court's prior guidance as to the purpose and intent of s. 686(1)(b)(iv). As noted above, in *Khan*, Arbour J. explained that s. 686(1)(b)(iv) was “enacted in the face of a body of case law that was becoming increasingly technical and complex and which had restricted considerably the possibility for appellate courts to conclude that an error at trial” did not require setting aside the verdict (para. 16). In this context, the introduction of this provision was meant to put an end to the notion that “procedural errors having caused a loss of jurisdiction in the trial courts could not be

[43] Au-delà du lien entre le libellé de la disposition réparatrice visée et les dispositions du *Code criminel* en matière de compétence, l'interprétation de l'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » d'une manière compatible avec ces dispositions en matière de compétence correspond aux directives antérieures de la Cour quant à l'objectif du sous-al. 686(1)(b)(iv). Comme susmentionné, dans l'arrêt *Khan*, la juge Arbour a expliqué que le sous-al. 686(1)(b)(iv) a été « adopté à un moment où la jurisprudence devenait de plus en plus technique et complexe, et où elle en était venue à limiter considérablement la possibilité pour les cours d'appel de conclure qu'une erreur commise au procès » ne justifiait pas l'annulation du verdict (par. 16). Dans un tel contexte, l'adoption de cette disposition visait

cured, even on appeal” (para. 12). No longer was a loss of jurisdiction to be seen as automatically fatal to a conviction. Rather, appellate courts were to be able to cure errors where the appellant had suffered no prejudice, save *only* where the trial court lacked jurisdiction over the class of offence.

[44] Mr. Esseghaier and Mr. Jaser argue, however, that simply interpreting “jurisdiction over the class of offence” in line with the jurisdictional provisions cannot be correct. Even, they say, where the trial court was empowered by Parliament to try the offences at issue, that court can be said to have had “jurisdiction” only where it was properly constituted. As the proviso applies only to save a *loss* of jurisdiction, it cannot apply where the court had never obtained jurisdiction. In the context of errors occurring during the jury selection process, therefore, the proviso cannot apply because the jury — and therefore the court — was improperly constituted and, consequently, lacked jurisdiction to try any class of offence (R.F. (Esseghaier), at paras. 67-70; R.F. (Jaser), at paras. 64-68). Put differently, they submit that a trial court’s “jurisdiction over the class of offence” is contingent on the successful application of certain procedural safeguards, such as an accused person’s election and choice as to which procedure should be used to try challenges for cause. Their argument on this point echoes the approach adopted by the Court of Appeal in this case, following its line of authority originally established in *Noureddine* and *W.V.* (see above, at para. 29).

[45] The origin of this line of argument can be found in the Court of Appeal for Ontario’s reasons in *R. v. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357. In that case, the trial

véritablement à mettre fin à la notion voulant « qu’on ne puisse remédier, même en appel, aux erreurs de procédure ayant causé la perte de compétence des tribunaux de première instance » (par. 12). La perte de compétence n’était désormais plus considérée comme étant automatiquement fatale à la déclaration de culpabilité. Les cours d’appel étaient plutôt en mesure de remédier aux erreurs lorsque l’appellant n’avait subi aucun préjudice, sauf *uniquement* lorsque le tribunal de première instance n’était pas compétent à l’égard de la catégorie d’infractions.

[44] Messieurs Esseghaier et Jaser font toutefois valoir que le seul fait d’interpréter l’expression « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » conformément aux dispositions en matière de compétence ne saurait convenir. Selon eux, même si le Parlement conférait au tribunal de première instance le pouvoir de statuer sur les infractions en question, ce tribunal est seulement considéré comme étant « compétent » s’il a été constitué régulièrement. Comme la disposition réparatrice s’applique seulement pour corriger une *perte* de compétence, elle ne peut pas s’appliquer si le tribunal n’a jamais été compétent. En conséquence, dans le cas d’erreurs se produisant lors du processus de sélection des jurés, la disposition réparatrice ne peut pas s’appliquer, parce que le jury — et donc le tribunal — a été irrégulièrement constitué et, de ce fait, n’était pas compétent pour juger quelque catégorie d’infractions que ce soit (m.i. (Esseghaier), par. 67-70; m.i. (Jaser), par. 64-68). En d’autres termes, ils soutiennent que, pour que le tribunal de première instance soit considéré comme « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions », certaines garanties procédurales doivent être respectées, par exemple, le choix de la personne accusée quant au mode de procès et à la procédure qui devrait être utilisée pour trancher les récusations motivées. Leur argument à cet égard renvoie à l’approche adoptée par la Cour d’appel en l’espèce, suivant les précédents qu’elle avait établis dans les arrêts *Noureddine* et *W.V.* (voir le par. 29 des présents motifs).

[45] Ce raisonnement tire sa source dans les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357. Dans cette affaire, le juge du

judge went outside the bounds of the *Criminal Code* and effectively legislated a jury selection process which precluded the Crown from exercising its stand aside power, and which restricted both the Crown and defence to their four peremptory challenges. According to the Court of Appeal, such a procedural error could not be cured by means of the proviso: if the jury selection process fails to comply with the provisions of the *Criminal Code*, “the court never obtains jurisdiction to proceed to trial” (para. 6). The issue with such errors is not whether they result in a *loss* of jurisdiction, but rather “whether . . . the court was properly constituted in the first place” (para. 6). On appeal to this Court, the majority dispensed with the case on other grounds and did not address the potential application of s. 686(1)(b)(iv). Writing in dissent, however, Gonthier J. agreed with the Court of Appeal — the proviso could not cure the error because “[i]f the jury is not constituted according to the rules, the court exists no more than if the judge had been unlawfully appointed” (p. 136). It is on the basis of this restrictive approach to the proviso that the Court of Appeal for Ontario — and now the respondents on appeal — reasoned that, where an error in jury selection renders the jury improperly constituted, the trial court will never have obtained jurisdiction and the proviso will thus be inapplicable (*Noureddine*, at paras. 50-53 and 61).

[46] We disagree. To limit the proviso’s application to cases where the jury was properly constituted would be plainly inconsistent with the purpose of s. 686(1)(b)(iv), which is to “expan[d] the remedial powers of courts of appeal” to engage with jurisdictional errors and assess any prejudice that may have flowed from them. Accepting the respondents’ submissions would be to permit the kind of unnecessary complexity that was rife prior to the enactment of the provision. Indeed, in *Khan*, Arbour J. noted that, among the various jurisdictional errors contributing to the problem were “irregularities in jury selection”

procès avait outrepassé les limites du *Code criminel* et avait, en fait, prescrit un processus de sélection des jurés qui interdisait à la Couronne d’exercer son pouvoir de mise à l’écart des jurés et qui limitait à la fois la Couronne et la défense aux quatre récusations péremptoires qui leur étaient octroyées. Selon la Cour d’appel, on ne pouvait pas remédier à une telle erreur de procédure au moyen de la disposition réparatrice : si le processus de sélection des jurés n’est pas compatible avec les dispositions du *Code criminel*, [TRADUCTION] « le tribunal ne devient jamais compétent pour instruire la cause » (par. 6). En présence de telles erreurs, la question n’est pas de savoir si elles entraînent une *perte* de compétence, mais plutôt [TRADUCTION] « si [. . .] le tribunal a été régulièrement constitué dès le départ » (par. 6). Dans le cadre du pourvoi formé à la Cour, les juges majoritaires ont rejeté l’affaire pour d’autres motifs et ne se sont pas penchés sur la question de la possible application du sous-al. 686(1)(b)(iv). Le juge Gonthier, dissident, était toutefois d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la disposition réparatrice ne pouvait pas remédier à l’erreur, car « [s]i le jury n’est pas constitué selon les règles, le tribunal n’existe pas plus que si le juge avait été désigné illégalement » (p. 136). C’est en se fondant sur cette approche restrictive de la disposition réparatrice que la Cour d’appel de l’Ontario — et maintenant les intimés en appel — ont opiné que, dans les cas où une erreur dans la sélection des jurés se traduit par un jury irrégulièrement constitué, le tribunal de première instance n’aura jamais eu compétence et la disposition réparatrice est en conséquence inapplicable (*Noureddine*, par. 50-53 et 61).

[46] Nous sommes en désaccord. Le fait de limiter l’application de la disposition réparatrice aux affaires dans lesquelles le jury a été régulièrement constitué serait carrément incompatible avec l’objectif du sous-al. 686(1)(b)(iv), qui est « d’élargi[r] les pouvoirs des cours d’appel en matière de réparation » afin de traiter les erreurs de compétence et d’évaluer tout préjudice qui aurait pu en découler. S’il fallait faire droit aux arguments des intimés, cela reviendrait à autoriser le même genre de questions inutilement complexes qui sévissaient avant l’adoption de la disposition. En effet, dans l’arrêt *Khan*,

(para. 14). The correct approach, as outlined above, is to interpret the proviso's scope in line with the jurisdictional provisions in the *Criminal Code*. To achieve its purpose, Parliament intended the proviso to be flatly inapplicable only where the trial court was not statutorily empowered to try the class of offence, or where the accused had suffered prejudice.

[47] We therefore depart from the approach espoused by the respondents and the Court of Appeal on the scope of the jurisdictional inquiry under s. 686(1)(b)(iv). For the purposes of the proviso, “jurisdiction” is concerned only with the trial court’s capacity to deal with the “subject-matter of the charge”, as it is only a lack of subject-matter jurisdiction (“*ratione materiae*”) that [TRANSLATION] “deprive[s] the court *ab initio* of all jurisdiction” (*R. v. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696 (C.A.), at para. 31; see also *R. v. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, at para. 38, per Brossard J.A., dissenting, rev’d substantially for the reasons of Brossard J.A., [1992] 3 S.C.R. 471). To this end, the jurisdictional question under s. 686(1)(b)(iv) is directed solely to the trial court’s capacity to try the relevant class of offence, as defined by Parliament. It is not concerned with the timing of the procedural error, nor with its consequences for the appellant’s trial. Such inquiries into the nature and consequence of the error, including whether it was one of application of the rules of the *Criminal Code* or an error arising from the application of judicially legislated rules, are best left to the prejudice analysis.

[48] In summary, the phrase “jurisdiction over the class of offence” is to be interpreted in accordance with the jurisdictional provisions established by

la juge Arbour a notamment souligné que les « irrégularités dans la sélection du jury » figuraient au titre des diverses erreurs en matière de compétence contribuant au problème (par. 14). L’approche qu’il convient d’adopter, comme susmentionnée, consiste à interpréter la portée de la disposition réparatrice de sorte qu’elle soit compatible avec les dispositions du *Code criminel* en matière de compétence. Dans le but d’atteindre son objectif, le Parlement voulait que la disposition réparatrice soit absolument inapplicable seulement lorsque le tribunal de première instance n’avait pas le pouvoir issu de la loi de juger la catégorie d’infractions ou lorsqu’un préjudice avait été causé à l’accusé.

[47] Nous nous écartons donc de l’approche proposée par les intimés et par la Cour d’appel quant à la portée de l’analyse de la compétence en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv). Pour l’application de la disposition réparatrice, le terme « compétent » vise uniquement l’aptitude du tribunal de première instance de traiter de « l’objet de l’accusation », puisque seul un défaut à l’égard de la compétence *ratione materiae* « priv[e] le tribunal de toute compétence *ab initio* » (*R. c. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696 (C.A.), par. 31; voir aussi *R. c. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, par. 38, le juge Brossard, dissident, inf. essentiellement pour les motifs exposés par le juge Brossard, [1992] 3 R.C.S. 471). À cette fin, la question de la compétence en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv) ne vise que l’aptitude du tribunal de première instance à juger la catégorie d’infractions pertinente, comme définie par le Parlement. Elle ne vise pas le moment où l’erreur en matière de procédure s’est produite ni les conséquences de celle-ci sur le procès de l’appelant. De telles analyses portant sur la nature et les conséquences de l’erreur, y compris la question de savoir s’il s’agissait d’une erreur dans l’application des règles du *Code criminel* ou d’une erreur découlant de l’application des règles du droit prétorien, correspondent mieux à l’analyse portant sur le préjudice.

[48] En résumé, l’expression « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » doit être interprétée conformément aux dispositions en matière de

Parliament in the *Criminal Code*. Jurisdiction can therefore be understood as follows:

- (1) Where the appellant was convicted of an indictable offence listed in s. 469, the jurisdictional requirement will be met only where the trial court was the superior court.
- (2) Where the appellant was convicted of an indictable offence not listed in s. 469, the jurisdictional requirement will be met where the trial took place in either the provincial court or superior court.²
- (3) Where the appellant was convicted of a summary conviction offence, the jurisdictional requirement will be met only where the trial court was the provincial court.

Hybrid offences will fall into categories (2) or (3) once the Crown has made a valid decision as to how to proceed.

[49] In this case, Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were both tried and convicted under ss. 83.18(1), 83.2, and 465(1)(a) of the *Criminal Code*. Mr. Esseghaier was further convicted under ss. 248 and 465(1)(c). An offence under s. 465(1)(a) — conspiracy to commit murder — is considered a s. 469 offence pursuant to s. 469(e). Only the superior court has jurisdiction to try such an offence. The remaining offences are indictable offences not listed in s. 469, meaning that, for the purposes of the proviso in s. 686(1)(b)(iv), they can be tried in either the provincial or superior court. In this case, all the convictions were rendered by a trial court of the superior court. The trial court thus had “jurisdiction over the class of offence” of

² Under the proviso, therefore, election errors (e.g., where an accused person elects to be tried in the provincial court but is mistakenly tried in the superior court, or where an accused person elects to be tried by a judge and jury and is mistakenly tried by a judge alone (ss. 536 and 536.1)) will not automatically lead to a new trial. Whether the error can be cured will depend on whether the accused suffered any prejudice.

compétence établies par le Parlement dans le *Code criminel*. La compétence peut donc être expliquée de la façon suivante :

- (1) Lorsque l’appelant a été déclaré coupable d’un acte criminel énuméré à l’art. 469, il sera uniquement satisfait à l’exigence en matière de compétence si le tribunal de première instance était la cour supérieure.
- (2) Lorsque l’appelant a été déclaré coupable d’un acte criminel qui n’est pas énuméré à l’art. 469, il sera satisfait à l’exigence en matière de compétence si le procès a eu lieu à la cour provinciale ou à la cour supérieure².
- (3) Lorsque l’appelant a été déclaré coupable d’une infraction poursuivie par procédure sommaire, il sera uniquement satisfait à l’exigence en matière de compétence si le tribunal de première instance était la cour provinciale.

Les infractions mixtes relèveront de la catégorie (2) ou de la catégorie (3) une fois que la Couronne aura pris une décision valide sur la façon de procéder.

[49] En l’espèce, MM. Esseghaier et Jaser ont tous les deux été jugés et déclarés coupables en vertu du par. 83.18(1), de l’art. 83.2 et de l’al. 465(1)a) du *Code criminel*. Monsieur Esseghaier a en outre été déclaré coupable en vertu de l’art. 248 et de l’al. 465(1)c). Une infraction prévue à l’al. 465(1)a) — complot en vue de commettre un meurtre — est considérée comme étant une infraction visée à l’art. 469 en vertu de l’al. 469e). Seule la cour supérieure est compétente pour juger une telle infraction. Les autres infractions sont des actes criminels qui ne sont pas énumérés à l’art. 469, ce qui signifie que pour l’application de la disposition réparatrice au sous-al. 686(1)b)(iv), elles peuvent être jugées soit

² Ainsi, en vertu de la disposition réparatrice, les erreurs relatives au choix (p. ex., lorsqu’une personne accusée choisit de subir son procès à la cour provinciale, mais qu’elle subit son procès par erreur à la cour supérieure, ou lorsqu’une personne accusée choisit de subir son procès devant un juge et avec un jury, mais qu’elle subit son procès par erreur devant un juge siégeant seul (art. 536 et 536.1)) ne donneront pas automatiquement lieu à un nouveau procès. Pour déterminer s’il est possible de remédier à l’erreur, il faudra répondre à la question de savoir si un préjudice quelconque a été causé à l’accusé.

which Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were convicted. The proviso can apply, absent prejudice.

(2) Mr. Esseghaier and Mr. Jaser Suffered No Prejudice

[50] If an appeal court is satisfied that the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted, the proviso inquiry turns to the second requirement — whether the appellant “suffered no prejudice”.

[51] In *Khan*, Arbour J. stated that, under s. 686(1)(b)(iv), “an analysis of prejudice must be undertaken, in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii)” (para. 18 (emphasis added)). With respect, it is not clear to us precisely what was meant by analysing prejudice “in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii)”. While s. 686(1)(b)(iv) allows an appellate court to cure a procedural irregularity at trial where “the appellant suffered no prejudice thereby”, s. 686(1)(b)(iii) applies to instances where the trial judge erred on a question of law but where the appellate court is of the opinion that such error occasioned “no substantial wrong or miscarriage of justice”. In other words, these two subparagraphs each state a distinct test for curing a distinct kind of error.

[52] In the result, we have concerns about how, if it is indeed possible, s. 686(1)(b)(iv) can be applied “in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii)”, as Parliament is presumed to use language carefully, such that different words are to be taken as imparting a different meaning (*Marche*

par la cour provinciale, soit par la cour supérieure. En l’espèce, toutes les déclarations de culpabilité ont été rendues par un tribunal de première instance du ressort de la cour supérieure. Le tribunal de première instance était donc « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » dont font partie celles à l’égard desquelles MM. Esseghaier et Jaser ont été déclarés coupables. La disposition réparatrice peut s’appliquer, s’il n’y a pas de préjudice.

(2) Aucun préjudice n’a été causé à MM. Esseghaier et Jaser

[50] Si une cour d’appel est convaincue que le tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont font partie celles à l’égard desquelles l’appelant a été déclaré coupable, l’examen de la disposition réparatrice se concentre sur la seconde exigence — la question de savoir si « aucun préjudice n’a été causé à » l’appelant.

[51] Dans l’arrêt *Khan*, la juge Arbour a déclaré qu’en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv), « il faut procéder à une analyse du préjudice en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii) » (par. 18 (nous soulignons)). Soit dit en tout respect, à notre avis, ce que signifie précisément une analyse du préjudice « en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii) » n’est pas évident. Bien que le sous-al. 686(1)(b)(iv) permette à une cour d’appel de remédier à une irrégularité de procédure commise lors du procès si « aucun préjudice n’a été causé à [l’appelant] par cette irrégularité », le sous-al. 686(1)(b)(iii) s’applique dans les cas où le juge du procès a commis une erreur sur une question de droit, mais que la cour d’appel est d’avis qu’une telle erreur n’a entraîné « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ». En d’autres termes, chacun de ces deux sous-alinéas énonce un critère distinct permettant de remédier à un type d’erreur distinct.

[52] Par conséquent, nous avons des réserves quant à la façon d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iv) « en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii) », à supposer que cela soit même possible, car le Parlement est présumé s’exprimer avec soin, de sorte qu’il faut considérer les

v. Halifax Insurance Co., 2005 SCC 6, [2005] 1 S.C.R. 47, at para. 95, per Bastarache J., dissenting, but not on this point, citing R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 162-66). That being so, we query whether a stricter standard might be required under s. 686(1)(b)(iv).

[53] In this case, however, it is not necessary for us to definitively resolve this puzzle since, on either approach, the Crown has satisfied its burden in this case as, in our view, there is clearly no prejudice to Mr. Esseghaier or Mr. Jaser for two reasons: (1) the static triers procedure used, though incorrect, was enacted by Parliament specifically for the purpose of ensuring a fair trial by an independent and impartial jury; and (2) both the trial judge and static triers performed their duties with the requisite care and attention to protect Mr. Esseghaier and Mr. Jaser's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It follows that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

[54] The first reason reflects that, in the context of applying s. 686(1)(b)(iv) to a procedural error in jury selection, the prejudice inquiry is focused solely upon the risk of depriving accused persons of their right, under s. 11(d) of the *Charter*, to a fair trial by an independent and impartial jury. Where the appellant is able to show that a procedural error led to an improperly constituted jury, the onus shifts to the Crown to show, on a balance of probabilities, that the appellant was not deprived of their right to a fair trial by an independent and impartial jury and, consequently, suffered no prejudice. Here, we are satisfied that the Crown has discharged that onus. Although the use of static triers was incorrect in the circumstances, it was one of the two legally sanctioned procedures for trying challenges for cause at the time of the trial. The jury was not selected by a procedure concocted outside of the bounds of the *Criminal Code* (see, e.g., *Bain and W.V.*), but rather

mots différents qu'il emploie comme revêtant des sens différents (*Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, 2005 CSC 6, [2005] 1 R.C.S. 47, par. 95, le juge Bastarache, dissident, mais non sur ce point, citant R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 162-166). Ainsi, nous nous interrogeons quant à savoir si une norme plus stricte pourrait être nécessaire pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv).

[53] Pourtant, en l'espèce, il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions définitivement sur ce casse-tête car, quelle que soit l'approche adoptée, la Couronne s'est acquittée du fardeau qui lui incombeait dans la présente affaire; à notre avis, il est évident que ni M. Esseghaier ni M. Jaser n'ont subi de préjudice, et ce, pour deux raisons : (1) la procédure des vérificateurs permanents qui a été utilisée, même si elle était irrégulière, avait été adoptée par le Parlement précisément dans le but d'assurer la tenue d'un procès équitable avec un jury indépendant et impartial; et (2) tant le juge du procès que les vérificateurs permanents se sont acquittés de leurs obligations avec la diligence et l'attention nécessaires, afin de protéger les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* à MM. Esseghaier et Jaser. Il s'ensuit que ni tort important ni erreur judiciaire grave ne se sont produits.

[54] La première raison reflète le fait que, dans le cadre de l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv) à une erreur de procédure lors de la sélection des jurés, l'examen du préjudice est uniquement axé sur le risque de priver les personnes accusées de leur droit à un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial, en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsque l'appellant peut démontrer que le jury a été irrégulièrement constitué en raison d'une erreur de procédure, il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et la Couronne doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'appellant n'a pas été privé de son droit à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial et, par conséquent, qu'aucun préjudice ne lui a été causé. En l'espèce, nous sommes convaincus que la Couronne s'est acquittée de ce fardeau. Bien qu'il ait été erroné dans les circonstances de recourir à des vérificateurs permanents, il s'agissait d'une des deux procédures

by one that Parliament had enacted specifically for the purpose of ensuring a fair trial by an independent and impartial jury. Further, in the particular circumstances of this case — where the risk of juror tainting was palpable — the static triers process removed that risk by having both the sworn and unsworn jurors excluded from the courtroom.

[55] Secondly, the actual implementation of the procedure in this case, by both the trial judge and the static triers, was handled with the requisite care and attention to ensure that the fair trial rights of Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were protected. At the motion hearing and in advance of the selection of the triers, the trial judge explained that his intention was to undertake “a really serious vetting of the triers” (A.R., vol. III, at p. 50) to make sure that the two people chosen “would take up th[e] role effectively” (A.R., vol. IV, at p. 83). He indicated that his practice was to ask prospective triers a broad range of questions, including about their “background”, “values”, “experience in multicultural situations” (A.R., vol. III, at p. 50), and about issues “related to the actual questions in the challenge for cause” (A.R., vol. IV, at p. 83). The trial judge followed through with his stated intention. He conducted a thorough vetting of prospective triers, in which he inquired as to their backgrounds, experiences, and ability to be impartial in the particular circumstances at hand. In the course of his vetting process, he excused three prospective triers. The two individuals he selected were approved by both the Crown and counsel for Mr. Jaser.

[56] The triers also exercised care in discharging their duties. They were properly instructed on their duties by the trial judge. They took their role

autorisées par la loi pour trancher les récusations motivées à l’époque où le procès a eu lieu. Les jurés n’ont pas été sélectionnés suivant une procédure concoctée à l’extérieur des limites du *Code criminel* (voir, p. ex., *Bain et W.V.*), mais plutôt au moyen d’une procédure que le Parlement a adoptée dans le but précis d’assurer la tenue d’un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial. En outre, dans les circonstances particulières de l’espèce, en présence du risque manifeste d’influence des jurés, la procédure des vérificateurs permanents a permis d’éliminer ce risque en excluant les jurés — assermentés ou non — de la salle d’audience.

[55] Deuxièmement, la mise en œuvre concrète de la procédure en l’espèce, tant par le juge du procès que par les vérificateurs permanents, a été effectuée avec la diligence et l’attention nécessaires pour veiller à ce que les droits de MM. Esseghaier et Jaser à un procès équitable soient protégés. À l’audition de la requête, et avant la sélection des vérificateurs, le juge du procès a expliqué qu’il avait l’intention de procéder à [TRADUCTION] « une évaluation très rigoureuse des vérificateurs » (d.a., vol. III, p. 50) de sorte que les deux personnes choisies « s’acquittent efficacement de leurs fonctions » (d.a., vol. IV, p. 83). Il a fait remarquer qu’il avait l’habitude de poser un grand éventail de questions différentes aux candidats vérificateurs, y compris des questions sur leurs « antécédents », leurs « valeurs », leurs « expériences dans des situations multiculturelles » (d.a., vol. III, p. 50), et sur des sujets « liés aux véritables questions qui seraient posées dans le cadre des récusations motivées » (d.a., vol. IV, p. 83). Le juge du procès a mis en application les intentions qu’il avait exprimées. Il a mené une évaluation approfondie des candidats vérificateurs, dans le cadre de laquelle il s’est enquis de leurs antécédents, leurs expériences, et de leur aptitude à faire preuve d’impartialité dans les circonstances particulières de l’espèce. Pendant son processus d’évaluation, il a écarté trois candidats vérificateurs. Les deux personnes qu’il a choisies ont été approuvées par la Couronne et par l’avocat de M. Jaser.

[56] Les vérificateurs se sont également acquittés de leurs obligations avec diligence. Le juge du procès leur a donné des directives appropriées quant à leurs

seriously and, during the process, refused 25 prospective jurors. Midway through the challenges, they were reinstructed at the behest of Crown counsel. Counsel for Mr. Jaser agreed to the reinstruction, but noted that he “ha[dn’t] seen anything that caused [him] concern” (A.R., vol. IV, at p. 195). The triers disagreed at one point with respect to the acceptability of one prospective juror, but eventually agreed to accept her. Though perhaps unusual, this temporary disagreement, without more, is insufficient to raise a concern about improper reasoning or intentional tampering by the triers. Indeed, there is no suggestion that any of the jurors eventually chosen to try the case were partial, and each one was approved by counsel for Mr. Jaser. This was not a case where the behaviour of actors within the trial process raised a concern about misconduct or unfairness to the accused (see, e.g., *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, where the Crown was alleged to have engaged in an improper vetting of the jury, or *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, where, at the behest of the Crown, the police approached prospective jurors and asked them to complete a questionnaire related to issues pertinent to the case).

[57] We have no doubt that, on the basis of this information, a reasonable person would perceive Mr. Esseghaier and Mr. Jaser to have received a fair trial before an independent and impartial jury. While Mr. Esseghaier and Mr. Jaser did not receive the exact trial they wanted, our law does not demand perfect justice, but fundamentally fair justice (*O’Connor*, at para. 193). This is what they received. Accordingly, there was no infringement of the right to a fair trial by an independent and impartial jury, no prejudice, and no substantial wrong or miscarriage of justice.

[58] The proviso can cure the error, and we therefore apply it here.

obligations. Ils ont pris leurs fonctions au sérieux et, pendant le processus, ont exclu 25 candidats jurés. À mi-chemin du processus de récusation, de nouvelles directives leur ont été données, à la demande du procureur de la Couronne. L’avocat de M. Jaser a acquiescé aux nouvelles directives, mais a souligné qu’il [TRADUCTION] « n’a[vait] rien vu qui donnerait lieu à des préoccupations » (d.a., vol. IV, p. 195). À un moment donné, les vérificateurs n’étaient pas d’accord quant à savoir s’ils devaient accepter l’une des candidates jurées, mais ils ont finalement convenu de l’accepter. Bien qu’un tel désaccord soit peut-être inhabituel, ce désaccord temporaire est, à lui seul, insuffisant pour soulever une crainte de raisonnement faussé ou d’influence intentionnelle des jurés de la part des vérificateurs. En fait, personne ne prétend que l’un ou l’autre des jurés qui ont finalement été choisis pour juger l’affaire a été partial, et chacun d’entre eux a été approuvé par l’avocat de M. Jaser. Il ne s’agissait pas ici d’une affaire dans laquelle le comportement des participants au déroulement du procès soulevait des préoccupations d’inconduite ou d’absence de caractère équitable envers l’accusé (voir, p. ex., *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, dans lequel la Couronne aurait procédé à une évaluation inappropriée des jurés, ou *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, dans lequel, à la demande de la Couronne, des policiers ont abordé des candidats jurés et leur ont demandé de remplir un questionnaire portant sur des questions liées à la cause).

[57] Selon nous, il est indubitable que suivant ces renseignements, une personne raisonnable conclurait que MM. Esseghaier et Jaser ont subi un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial. Bien que MM. Esseghaier et Jaser n’aient pas obtenu exactement le procès qu’ils souhaitaient, la loi exige non pas une justice parfaite, mais une justice fondamentalement équitable (*O’Connor*, par. 193). C’est ce qu’ils ont obtenu. Par conséquent, il n’y a eu aucune atteinte au droit à un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial, aucun préjudice n’a été causé, et aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave n’a été commis.

[58] La disposition réparatrice permet de remédier à l’erreur, et nous l’appliquons donc en l’espèce.

C. Remedy

[59] As we would allow the appeal, we must address the issue of remedy.

[60] The Crown asks that the convictions be restored. Mr. Esseghaier asks the Court to exercise its discretion under s. 46.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to remit the outstanding grounds of appeal to the Court of Appeal for determination. In slight variation, Mr. Jaser asks that, if this Court finds that the curative proviso can apply to cure the error, the Court remit the matter to the Court of Appeal to consider the jury selection issue along with the other grounds of appeal. In Mr. Jaser's view, even were this Court to find that the curative proviso can apply, the question of whether it should ultimately be applied in this case cannot be properly determined until the Court of Appeal has assessed the remaining grounds of appeal.

[61] As we have concluded that the trial judge's error can be cured by operation of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv), it follows that the convictions for Mr. Esseghaier and Mr. Jaser must be restored.

[62] As to the question of whether this Court should remit the remaining grounds of appeal back to the Court of Appeal, s. 46.1 of the *Supreme Court Act* states that:

46.1 The Court may, in its discretion, remand any appeal or any part of an appeal to the court appealed from or the court of original jurisdiction and order any further proceedings that would be just in the circumstances.

[63] The discretion in s. 46.1 is to be exercised "in the interests of justice" (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 68; see also *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 45).

C. Réparation

[59] Comme nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, nous sommes tenus de nous pencher sur la question de la réparation.

[60] La Couronne demande que les déclarations de culpabilité soient rétablies. Monsieur Esseghaier demande à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 46.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, afin de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les moyens d'appel restants. La demande de M. Jaser varie légèrement en ce qu'il demande que, si la Cour conclut que la disposition réparatrice peut être appliquée pour remédier à l'erreur, elle renvoie l'affaire à la Cour d'appel afin que celle-ci examine la question de la sélection des jurés ainsi que les autres moyens d'appel. Selon M. Jaser, même si la Cour conclut que la disposition réparatrice peut être appliquée, la question de savoir si, en l'espèce, elle devrait en définitive être appliquée ne peut pas être tranchée de manière adéquate tant que la Cour d'appel n'aura pas examiné les moyens d'appel restants.

[61] Comme nous avons conclu qu'il est possible de remédier à l'erreur du juge du procès par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv), les déclarations de culpabilité de MM. Esseghaier et Jaser doivent donc être rétablies.

[62] En ce qui concerne la question de savoir si la Cour devrait renvoyer les moyens d'appel restants à la Cour d'appel, l'art. 46.1 de la *Loi sur la Cour suprême* est libellé ainsi :

46.1 La Cour peut renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et ordonner les mesures qui lui semblent appropriées.

[63] Le pouvoir discrétionnaire de l'art. 46.1 doit être exercé de façon à servir « l'intérêt de la justice » (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 68; voir aussi *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 45).

[64] In our view, it is “in the interests of justice” to remand the outstanding grounds of appeal to the Court of Appeal for determination. The remaining grounds were not abandoned; they were simply bifurcated from the issue decided here, and they remain unexamined.

[65] We cannot accept, however, Mr. Jaser’s argument that this Court should refrain from applying the proviso in order to allow the Court of Appeal to consider the error alongside any other potential errors to determine whether, on the whole, the proviso should or should not be applied. Part of the reason why the jury selection issue was bifurcated from the other grounds of appeal was because it could be assessed in isolation and because, if successful, it would be determinative. Our conclusion that the respondents’ ground of appeal is unsuccessful stands in isolation, and has no effect on the remaining grounds of appeal, which should now be assessed together as would occur in the normal course of appellate proceedings.

VI. Conclusion

[66] We would, therefore, allow the appeal, restore the convictions, and remit the remaining grounds of appeal to the Court of Appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent Chiheb Esseghaier: Embry Dann, Toronto.

Solicitors for the respondent Raed Jaser: Addario Law Group, Toronto.

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

[64] À notre avis, il est dans « l’intérêt de la justice » de renvoyer les moyens d’appel restants à la Cour d’appel pour que celle-ci rende une décision. Il n’y a pas eu de désistement quant aux moyens d’appel restants; ils ont simplement été scindés de la question tranchée en l’espèce, et ils n’ont pas encore été examinés.

[65] Nous ne pouvons, toutefois, souscrire à l’argument de M. Jaser voulant que la Cour doive s’abstenir d’appliquer la disposition réparatrice afin de permettre à la Cour d’appel d’examiner l’erreur parallèlement à toute autre erreur possible afin de déterminer si, dans l’ensemble, la disposition devrait être appliquée ou non. Une des raisons pour lesquelles le moyen d’appel quant à la sélection des jurés a été scindé des autres moyens réside dans le fait qu’il pouvait être examiné isolément et que, s’il était accueilli, il serait déterminant. Notre conclusion selon laquelle le moyen d’appel des intimés ne peut être accueilli n’a d’effet que sur celui-ci et n’a aucune incidence sur les moyens d’appel restants, lesquels devront maintenant être examinés ensemble, comme c’est le cas habituellement dans les procédures d’appel.

VI. Conclusion

[66] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi, de rétablir les déclarations de culpabilité, et de renvoyer les moyens d’appel restants à la Cour d’appel.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureurs de l’intimé Chiheb Esseghaier : Embry Dann, Toronto.

Procureurs de l’intimé Raed Jaser : Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gorham Vandebek, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Gorham Vandebek, Toronto.