

Howard Burke *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURKE

Neutral citation: 2002 SCC 55.

File No.: 28546.

2002: March 12; 2002: June 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Verdict — Validity — Foreman announcing a verdict — Court recording verdict as “not guilty” — Jury dismissed and accused discharged — Trial judge informed shortly thereafter that court may have erred in recording verdict — True verdict intended by jury may have been “guilty as charged” — Trial judge subsequently conducting limited inquiry into verdict and changing recorded verdict from “not guilty” to “guilty” — Whether trial judge had jurisdiction to conduct inquiry into verdict and alter it after discharge of jury — Whether rule in Head should be re-examined.

At the close of the accused's trial for attempted murder, the foreman announced the verdict. The trial judge, court registrar, and both counsel heard “not guilty as charged”. A “not guilty” verdict was recorded and the jury was discharged. While escorting the jurors out of the courtroom, a court officer asked the foreman what the jury's verdict had been. The foreman replied, “You're kidding, guilty”. Within approximately seven to nine minutes after the announcement of the verdict in court, the trial judge was informed of the apparent error. An effort was made to locate the jurors. The foreman and another juror were found in the parking lot and brought back to the courthouse. The court officer called the remaining jurors at their homes, but was unable to reach two jurors. Approximately 25 minutes after the discharge of the appellant, court resumed in order to clarify the verdict. In the presence of both counsel and one juror,

Howard Burke *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BURKE

Référence neutre : 2002 CSC 55.

N° du greffe : 28546.

2002 : 12 mars; 2002 : 21 juin.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Procès — Verdict — Validité — Annonce du verdict par le président du jury — Verdict « non coupable » inscrit par le tribunal — Libération du jury et remise en liberté de l'accusé — Signalement peu de temps après au juge du procès de la possibilité que le tribunal ait commis une erreur en inscrivant le verdict — Possibilité que le véritable verdict qu'entendait rendre le jury soit « coupable de l'infraction reprochée » — Enquête limitée sur le verdict menée subséquemment par le juge du procès et substitution du verdict « coupable » au verdict « non coupable » qui avait été inscrit — Le juge du procès avait-il compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur le verdict et le modifier? — Y a-t-il lieu de revoir la règle énoncée dans l'arrêt Head?

Au terme du procès pour tentative de meurtre que subissait l'accusé, le président du jury a annoncé le verdict. Le juge du procès, le greffier de la cour et les deux avocats ont entendu « non coupable de l'infraction reprochée ». Le verdict « non coupable » a été inscrit et le jury a été libéré. Pendant qu'elle escortait les jurés hors de la salle d'audience, une fonctionnaire de la cour a demandé au président quel avait été le verdict. Ce dernier a répondu « Vous plaisantez, coupable ». Environ sept à neuf minutes après l'annonce du verdict en salle d'audience, le juge du procès a été avisé de l'erreur apparente. Des efforts ont été déployés pour retrouver les jurés. Le président du jury et un autre juré ont été rejoints dans le stationnement et ramenés à la salle d'audience. La fonctionnaire de la cour a téléphoné aux autres jurés à leur domicile, mais a toutefois été incapable de rejoindre deux d'entre eux. Environ

the foreman confirmed that the verdict was intended to be guilty. The trial judge reconvened court the next day. The full jury and both counsel were present, but the accused was not. Each of the jurors testified that their verdict was “guilty”. The trial judge concluded that he had jurisdiction to conduct a limited inquiry into what the actual verdict was and into whether the court had committed an error in recording the verdict. A temporary publication ban was imposed but two articles describing the incident were published in two widely read newspapers. Three days later, at the third inquiry, both the accused and the full jury were present. The court reporter testified that he originally recorded the foreman’s response as unclear but when he replayed the tape at normal speed, he heard “guilty as charged”; playing the tape on more sophisticated audio equipment, he heard “not guilty as charged” and was prepared to certify the verdict as such. The trial judge then questioned the jury. The foreman testified that he had cleared his throat in announcing the verdict, and that he had in fact said “guilty as charged”. Most of the jurors testified that they had heard something like “guilty”, but one testified that she was unable to hear the foreman as he announced the verdict. The trial judge then asked each juror two questions regarding taint or bias. Nine jurors indicated that their testimony had not been influenced by the media or anyone else. Two jurors testified that they had read or heard things in the media about the case but had not been influenced. One juror started to allude to an item he had heard in the media about the case, but the trial judge cut him off before he could give a complete answer.

The trial judge distinguished *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, and held that he had the jurisdiction to change the recorded verdict from “not guilty” to “guilty as charged”. He found no air of reality to the suggestion that the jurors were or may have been tainted between the time when the verdict was announced and the time that the jurors were reconvened and testified the next morning. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused’s appeal, finding that the error in this case was an accidental slip.

25 minutes après la libération de l’appelant, la cour a repris l’audience afin de clarifier la question du verdict. En présence des deux avocats et d’un autre juré, le président du jury a confirmé que le verdict qu’entendait rendre le jury était « coupable ». Le juge du procès a réuni de nouveau le tribunal le lendemain. Le jury au complet et les deux avocats étaient présents, mais non l’accusé. Les jurés ont chacun déclaré que leur verdict était « coupable ». Le juge du procès a conclu qu’il avait compétence pour tenir une enquête limitée en vue de découvrir quel était le verdict véritable et de déterminer si la cour avait commis une erreur en inscrivant le verdict. Une ordonnance temporaire de non-publication a été rendue, mais deux articles décrivant l’événement ont été publiés dans deux journaux à fort tirage. Trois jours plus tard, l’accusé et le jury au complet ont assisté à la troisième enquête. Le sténographe judiciaire a déclaré avoir d’abord inscrit que la réponse du président du jury était imprécise, mais qu’après avoir fait rejouer le ruban à vitesse normale il avait entendu « coupable de l’infraction reprochée »; écoutant de nouveau le ruban à l’aide de matériel audio plus perfectionné, il a entendu « non coupable de l’infraction reprochée » et il était prêt à certifier le verdict en ces termes. Le juge a alors interrogé les jurés. Le président du jury a déclaré qu’il s’était raclé la gorge en prononçant le verdict et que, dans les faits, il avait dit « coupable de l’infraction reprochée ». La plupart des jurés ont témoigné avoir entendu quelque chose comme « coupable », mais une jurée a déclaré ne pas avoir pu entendre le président du jury lorsqu’il a annoncé le verdict. Le juge du procès a posé à chaque juré deux questions au sujet de la possibilité d’influence ou de partialité. Neuf jurés ont indiqué que leur témoignage n’avait pas été influencé par les médias ni par qui que ce soit d’autre. Deux jurés ont déclaré avoir lu ou entendu des choses dans les médias au sujet de l’affaire, mais ne pas avoir été influencés. Un juré a commencé à faire allusion à quelque chose qu’il avait entendu dans les médias au sujet de l’affaire, mais le juge du procès l’a interrompu avant qu’il ne puisse donner une réponse complète.

Le juge du procès a distingué l’arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, de la présente affaire et il a conclu qu’il avait compétence pour remplacer le verdict qui avait été inscrit, savoir « non coupable », par « coupable de l’infraction reprochée ». Il n’a accordé aucune vraisemblance à la suggestion que les jurés aient été ou pouvaient avoir été influencés entre le moment où le verdict a été annoncé et celui où ils ont été réunis de nouveau pour témoigner le lendemain matin. La Cour d’appel, à la majorité, a rejeté l’appel de l’accusé, estimant que l’erreur survenue en l’espèce était un lapsus.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ.: *Head* cannot be distinguished from the present case. However, the evolving jurisprudence and policy concerns warrant developing an exception to the general rule enunciated in *Head* that a trial judge is *functus officio* and lacks jurisdiction to reconvene the jury to inquire into an alleged error in the verdict once the jury in a criminal trial has been discharged. A trial judge retains the limited and exceptional jurisdiction to recall the jury and conduct a narrow inquiry into the alleged error where the error does not require the jury to reconsider the verdict or continue its deliberations with a view to handing down additional verdicts. This type of error is not properly called “clerical” or “administrative”, as those types of errors may be corrected by the judge without recalling the jury.

The first question that a trial judge must ask post-discharge is whether the error requires reconsideration of the verdict. If it does, the general rule in *Head* applies and there are no circumstances under which the judge will retain or otherwise possess jurisdiction to reconvene the jury and conduct an inquiry into the alleged error. If the error does not require the jury to reconsider its verdict, then the trial judge possesses jurisdiction to conduct an inquiry into whether the facts of the case disclose a reasonable apprehension of bias. In determining whether this apprehension is raised, the trial judge must consider all the relevant circumstances of the case, the most crucial circumstance usually being the dispersal of the jury and its probable effect on the minds of reasonable members of the public.

Where the trial judge concludes, post-discharge, that the facts raise a reasonable apprehension of bias, he should declare a mistrial if that is the necessary remedy to prevent a miscarriage of justice. In making that order, the trial judge must consider the rights of the accused and the public, along with the effect of not ordering a mistrial on the administration of justice. On the other hand, if a mistrial is not necessary to prevent a miscarriage of justice, then the trial judge should uphold the verdict as given at trial. Where, however, the trial judge concludes that there is no reasonable apprehension of bias, he must correct the error in the verdict; a mistrial is not available as a remedy.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et LeBel : L'arrêt *Head* ne peut être distingué de la présente affaire. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence ainsi que des considérations de politique générale justifient d'assortir d'une exception la règle générale énoncée dans cet arrêt et selon laquelle, après la libération du jury dans un procès pénal, le juge du procès est dessaisi de l'affaire et n'a pas compétence pour réunir de nouveau le jury et enquêter sur l'erreur qui, allègue-t-on, entacherait le verdict. Lorsque l'erreur en cause ne requiert pas que le jury réexamine son verdict ou poursuive ses délibérations en vue de rendre des verdicts supplémentaires, le juge du procès conserve le pouvoir restreint de réunir de nouveau le jury et de mener une enquête limitée sur l'erreur alléguée. Une erreur de ce genre ne saurait être qualifiée d'erreur « matérielle » ou « administrative », car de telles erreurs peuvent être corrigées par le juge sans qu'il faille réunir de nouveau le jury.

La première question que le juge du procès doit se poser après la libération du jury est de savoir s'il s'agit d'une erreur requérant le réexamen du verdict. Dans l'affirmative, la règle générale énoncée dans l'arrêt *Head* s'applique, et, en aucun cas, le juge ne conserve ni ne possède de quelque autre façon le pouvoir de réunir de nouveau le jury et d'enquêter sur l'erreur alléguée. Si l'erreur ne requiert pas que le jury réexamine son verdict, le juge du procès a alors compétence pour tenir une enquête, au cours de laquelle il doit se demander si les faits révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Pour statuer sur l'existence d'une telle crainte, le juge du procès doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de l'affaire, un facteur crucial étant généralement la dispersion du jury et son effet probable sur l'esprit de membres raisonnables du public.

Lorsque, après la libération du jury, le juge du procès estime que les faits font naître une crainte raisonnable de partialité, il doit prononcer la nullité le procès, si cette solution s'impose pour prévenir une erreur judiciaire. Le juge du procès tient alors compte des droits de l'accusé et de ceux du public, ainsi que de l'effet qu'aurait sur l'administration de la justice la décision de ne pas prononcer la nullité du procès. À l'opposé, si l'annulation du procès n'est pas nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire, le juge du procès doit alors maintenir le verdict rendu au procès. Toutefois, lorsque le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, il doit corriger l'erreur entachant le verdict; en pareil cas, il n'y a pas ouverture à l'annulation du procès.

The present case falls within the exception to the general rule in *Head*. The alleged error lay in the faulty transmission and recording of the verdict and, since this error did not involve reconsideration of the verdict, the trial judge had post-discharge jurisdiction to conduct an inquiry into the alleged error. However, the trial judge did not conduct the proper analysis. Instead of asking whether there was a reasonable apprehension in the minds of right-thinking, properly informed members of the public that the jurors might have been biased or influenced, the trial judge conducted an actual bias test. In this case, the length of time which elapsed between the delivery of the recorded verdict and the point at which the jury was reconvened was substantial; the accused was discharged from custody; the nature and the scope of the jury's dispersal was extensive; and, lastly, the jurors were exposed to the reaction of the public to the recorded verdict during the period when they were absent from the courtroom and to the potentially prejudicial media coverage of this case which appeared before and after the temporary publication ban. When the proper test is applied and all the relevant circumstances are considered in context, there is no question that the facts, particularly the jury's extensive and extended dispersal, establish a reasonable apprehension of bias. As a result, the trial judge did not possess the exceptional jurisdiction to correct the verdict. He retained only the remedial jurisdiction to declare a mistrial. He was therefore in error when he changed the verdict and registered a conviction.

Per Arbour J.: This is an appropriate case to re-examine the rule in *Head*. The trial judge's jurisdiction to inquire as to whether the verdict was correctly recorded is based on the fact that the trial may not have been properly concluded. A verdict other than the intended unanimous verdict of the jury is a nullity. If, as here, the trial judge has a reasonable concern that the verdict might be a nullity, the trial should resume as if the verdict had not been rendered. The trial judge should determine whether the recorded verdict was in fact null and void and if not, the verdict should stand. If the recorded verdict was a nullity, it should be set aside and the trial should resume. The appropriate test is whether there is a "reasonable apprehension of taint or bias". If there is no reasonable apprehension of bias, then there is no perceived threat to the impartiality of the jury and the jury is in the same position as it was prior to the court recording the verdict. Under this approach, the jury is free to continue deliberations if necessary. If there has been a reasonable apprehension of bias, the trial judge's only option is to declare a mistrial and to order a new trial "on such terms as justice may require". In this

La présente affaire relève de l'exception à la règle générale énoncée dans l'arrêt *Head*. L'erreur alléguée découle de la communication et de l'inscription erronées du verdict et, comme cette erreur n'exigeait pas le réexamen du verdict, le juge du procès avait compétence pour enquêter sur celle-ci après la libération du jury. Toutefois, il n'a pas mené la bonne enquête. Plutôt que de se demander si des membres du public sensés et bien renseignés pouvaient raisonnablement craindre que les jurés aient pu être partiaux ou influencés, le juge du procès a appliqué le critère visant à déterminer s'il y avait eu partialité réelle. En l'espèce, il s'est écoulé un délai substantiel entre l'annonce du verdict inscrit et le moment où le jury a été réuni de nouveau, l'accusé a été remis en liberté, la nature et la durée de la dispersion du jury en l'espèce étaient importantes et, enfin, les jurés ont été exposés aux réactions du public à l'égard du verdict durant leur absence de la salle d'audience, ainsi qu'au traitement médiatique potentiellement préjudiciable réservé à cette affaire avant et après l'interdiction temporaire de publication. Lorsque le bon critère est appliqué et que toutes les circonstances pertinentes sont prises en compte eu égard au contexte, il ne fait aucun doute que les faits — en particulier la longue et large dispersion du jury — établissent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. En conséquence, le juge du procès n'avait plus le pouvoir exceptionnel de corriger le verdict, mais il ne conservait que le pouvoir de prononcer l'annulation du procès. Il a donc commis une erreur en modifiant le verdict et en inscrivant une déclaration de culpabilité.

Le juge Arbour : La présente affaire constitue une occasion propice au réexamen de la règle énoncée dans *Head*. Le pouvoir du juge du procès d'enquêter sur la question de savoir si le verdict a été inscrit correctement repose sur le fait que le procès n'a peut-être pas pris fin régulièrement. Tout verdict autre que le verdict unanime rendu par le jury est frappé de nullité. Si, comme en l'espèce, le juge du procès craint raisonnablement que le verdict puisse être frappé de nullité, le procès doit se poursuivre comme si le verdict n'avait pas été rendu. Le juge du procès doit déterminer si le verdict qui a été inscrit était effectivement frappé de nullité; dans le cas contraire, le verdict doit être maintenu. Si le juge du procès conclut à la nullité du verdict inscrit, il doit l'écartier et poursuivre le procès. Le critère approprié est celui de la « crainte raisonnable d'influence ou de partialité ». S'il n'y a pas crainte raisonnable de partialité, il y a alors absence de menace apparente à l'impartialité du jury, qui se retrouve dans la position où il était avant l'inscription du verdict par le tribunal. Suivant cette approche, le jury est libre de poursuivre au besoin ses délibérations. S'il y a crainte

case, the extent of the jury's dispersal established a reasonable apprehension of bias and the appropriate remedy is to order a new trial.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): There is agreement with Major J. that the strict rule in *Head* must be rejected in favour of a more refined and flexible analysis, and with the stated test for determining the limits of the exercise of post-discharge jurisdiction. However, whether a verdict can be corrected post-discharge is a highly fact-specific analysis which depends on the totality of the circumstances, including the probable reason for the initial mistake and the length of time which has elapsed between the original verdict and the moment the error is brought to the trial judge's attention. While dispersal may, in some instances, provide the most compelling evidence on which the test will turn, it is not the deciding factor in a case where, as here, the evidence satisfactorily establishes error in carrying out the court's recording of the jury's true verdict and a failure to correct that error would not serve the administration of justice.

In this case, a reasonable and right-minded person, apprised of the totality of the circumstances, would not conclude that there was a reasonable apprehension of taint. Although the nature and scope of the jury's dispersal and the potential exposure to media coverage raise the possibility of taint, neither of these factors is dispositive given the credible reason for the error and the manner in which it was brought to the court's attention and confirmed by the jury. Mere exposure to media or conversations about the case does not automatically spoil the juror's later statements, especially where, as here, it is abundantly clear that the jury had actually intended to find the accused "guilty". On the particular facts of this case, there was no reasonable apprehension of taint, and it was proper for the trial judge to record the jury's true verdict. To require a new trial or allow the verdict to stand in light of the totality of these circumstances would work a serious injustice to the interests of the state and the general public.

raisonnable de partialité, le juge du procès n'a d'autre choix que de prononcer la nullité du procès et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès « aux conditions que la justice peut exiger ». En l'espèce, l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été établie en raison de la durée de la dispersion du jury, et la réparation qui convient consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents) : Il y a accord avec l'opinion du juge Major selon laquelle la règle stricte énoncée dans l'arrêt *Head* doit être rejetée au profit d'une analyse plus souple et élaborée, ainsi qu'avec le critère applicable pour déterminer les limites de l'exercice de ce pouvoir après la libération du jury. Cependant, la question de savoir si un verdict peut ou non être corrigé après la libération du jury requiert une analyse éminemment factuelle qui, dans chaque cas, dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la cause probable de l'erreur initiale et la durée de la période écoulée entre le verdict original et le moment où l'erreur a été portée à l'attention du juge du procès. Bien que, dans certains cas, la dispersion puisse apporter la preuve la plus convaincante dans l'application du test, elle ne constitue pas le facteur déterminant dans un cas où, comme en l'espèce, la preuve établit de façon satisfaisante qu'une erreur est survenue dans l'inscription par le tribunal du verdict véritable rendu par le jury et où le fait de ne pas corriger cette erreur ne servirait pas l'administration de la justice.

En l'espèce, une personne sensée, raisonnable et au fait de l'ensemble des circonstances ne conclurait pas qu'il y avait crainte raisonnable d'influence. Bien que la nature et la durée de la dispersion des jurés et le fait qu'ils aient pu être exposés à la couverture de l'événement par les médias soulèvent la possibilité d'influence, aucun de ces facteurs n'est concluant vu la cause crédible de l'erreur et la manière dont celle-ci a été signalée au tribunal puis confirmée par le jury. Le seul fait que les jurés aient été exposés aux reportages des médias ou à des conversations au sujet de l'affaire ne vicie pas nécessairement leurs déclarations subséquentes, particulièrement dans les cas où, comme en l'espèce, il est très clair que le jury entendait déclarer l'appelant « coupable ». À la lumière des faits particuliers de la présente espèce, il n'existait pas de crainte raisonnable d'influence et le juge du procès était fondé à inscrire le verdict véritable du jury. À la lumière de l'ensemble de ces circonstances, exiger la tenue d'un nouveau procès ou confirmer le verdict serait commettre une très grave injustice envers les intérêts de l'État et du public en général.

Cases Cited

By Major J.

Discussed: *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684; **referred to:** *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171; *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *R. v. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225; *R. v. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656; *R. v. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303; *R. v. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169; *R. v. Z.A., Eng. C.A.*, March 8, 1999, unreported; *People v. Powell*, 221 P.2d 117 (1950); *State v. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (1956); *State v. Fornea*, 140 So.2d 381 (1962); *Commonwealth v. Brown*, 323 N.E.2d 902 (1975); *State v. Edwards*, 552 P.2d 1095 (1976); *Webber v. State*, 652 S.W.2d 781 (1983); *Burchett v. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (1987); *People v. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (1991); *State v. Myers*, 459 S.E.2d 304 (1995); *Montanez v. People*, 966 P.2d 1035 (1998); *State v. Green*, 995 S.W.2d 591 (1999); *Martin v. State*, 732 So.2d 847 (1998); *United States v. Dotson*, 817 F.2d 1127 (1987), am. 821 F.2d 1034 (1987); *Bricmont v. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *People v. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (1971); *R. v. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. x; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287, leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. x; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. vii; *R. v. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. xii; *R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573; *R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL).

By Arbour J.

Discussed: *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Head, [1986] 2 S.C.R. 684; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *State v. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (1995); *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 644(1), 647(1), (2), (4).

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt analysé : *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *R. c. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. c. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171; *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *R. c. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225; *R. c. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656; *R. c. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303; *R. c. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169; *R. c. Z.A., C.A. Angl.*, le 8 mars 1999, inédit; *People c. Powell*, 221 P.2d 117 (1950); *State c. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (1956); *State c. Fornea*, 140 So.2d 381 (1962); *Commonwealth c. Brown*, 323 N.E.2d 902 (1975); *State c. Edwards*, 552 P.2d 1095 (1976); *Webber c. State*, 652 S.W.2d 781 (1983); *Burchett c. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (1987); *People c. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (1991); *State c. Myers*, 459 S.E.2d 304 (1995); *Montanez c. People*, 966 P.2d 1035 (1998); *State c. Green*, 995 S.W.2d 591 (1999); *Martin c. State*, 732 So.2d 847 (1998); *United States c. Dotson*, 817 F.2d 1127 (1987), mod. 821 F.2d 1034 (1987); *Bricmont c. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *People c. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (1971); *R. c. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. x; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. Lessard*, [1992] R.J.Q. 1205, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. vii; *R. c. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20, autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. xii; *R. c. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573; *R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL).

Citée par le juge Arbour

Arrêt analysé : *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684.

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

R. c. Head, [1986] 2 R.C.S. 684; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *State c. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (1995); *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 644(1), 647(1), (2), (4).

Authors Cited

Maric, Vaso. Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 53 O.R. (3d) 600, 153 C.C.C. (3d) 97, 41 C.R. (5th) 134, 143 O.A.C. 286, [2001] O.J. No. 1119 (QL), dismissing the appellant's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division), [1997] O.J. No. 5568 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

David M. Tanovich, for the appellant.

Susan G. Ficek, for the respondent.

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The main issue in this appeal is whether a trial judge has jurisdiction, after discharge of the jury, to correct an improperly recorded verdict. More specifically, the question here is whether the trial judge had jurisdiction post-discharge to change a wrongly recorded “not guilty” verdict to the jury's true verdict: “guilty as charged”.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Major J., and I respectfully disagree with him on two issues, namely, the elements of the test to be applied by trial judges in these circumstances and the result he reaches.

I. Limits on Post-Discharge Jurisdiction

I agree with Major J., for the reasons he gives, that the strict rule announced in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, must be rejected in favour of “a more refined and flexible analysis” that confers upon trial judges the jurisdiction to correct a criminal verdict

Doctrine citée

Maric, Vaso. Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 53 O.R. (3d) 600, 153 C.C.C. (3d) 97, 41 C.R. (5th) 134, 143 O.A.C. 286, [2001] O.J. No. 1119 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelant contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1997] O.J. No. 5568 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

David M. Tanovich, pour l'appelant.

Susan G. Ficek, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La question principale que pose ce pourvoi est de décider si le juge du procès a compétence, après la libération du jury, pour corriger un verdict incorrectement inscrit. Plus précisément, il s'agit ici de déterminer si le juge du procès avait le pouvoir, après la libération du jury, de substituer au verdict [TRADUCTION] « non coupable », qui avait été inscrit erronément, le véritable verdict du jury, soit « coupable de l'infraction reprochée ».

J'ai eu l'avantage des motifs de mon collègue le juge Major et, avec déférence, je dois exprimer mon désaccord avec lui sur deux points : les éléments du test que doit appliquer le juge du procès en de telles circonstances et le résultat auquel il arrive.

I. Limites de la compétence du tribunal après la libération du jury

À l'instar du juge Major, je suis d'avis, pour les raisons qu'il invoque, que la règle stricte énoncée dans l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, doit être rejetée au profit d'« une analyse plus souple et élaborée » accordant au juge qui préside un procès

1

2

3

post-discharge in certain limited circumstances. I also agree with Major J.'s reasons that the test for determining the limits of the exercise of post-discharge jurisdiction is "reasonable apprehension of taint" which requires that "an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — [would] conclude" that taint likely occurred. As this Court has previously explained, the reasonable apprehension test requires a determination that an informed person would think that it is more likely than not that the jury upon recall after discharge would not decide fairly; "[t]he grounds for this apprehension must . . . be substantial and I . . . refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the 'very sensitive or scrupulous conscience'": see *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 31 (quoting *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 395, *per de Grandpré J.* (writing for the majority on this issue)).

criminel le pouvoir de corriger le verdict après la libération du jury dans certaines circonstances limitées. Je souscris également à l'opinion du juge Major selon laquelle le critère applicable pour déterminer les limites de l'exercice de ce pouvoir est celui de la « crainte raisonnable d'influence », lequel exige qu'« une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique » arrive à la conclusion que le jury a vraisemblablement été influencé. Comme l'a déjà expliqué notre Cour, suivant le critère de la crainte raisonnable d'influence, le tribunal doit se demander si une personne bien renseignée croirait qu'il est vraisemblable que le jury, réuni de nouveau après sa libération, ne rende pas une décision juste; « les motifs de crainte doivent être sérieux et je [. . .] refuse d'admettre que le critère doit être celui d'«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne» » : voir *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 31 (citant l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 395, le juge de Grandpré (qui s'exprimait pour la majorité sur cette question)).

4

I respectfully disagree, however, with the heavy emphasis Major J. places on dispersal as an element in establishing reasonable apprehension of taint. Whether or not a verdict can be corrected post-discharge is a highly fact-specific analysis and one which, in every case, will depend on the totality of the circumstances, including the probable reason for the initial mistake and the length of time which has elapsed between the original verdict and the moment the error is brought to the trial judge's attention: see *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.), at p. 154. Often, it will not be practical to use an essentially bright-line test of dispersal to determine whether a jury verdict can be corrected; as Lamer J. pointed out in *Head, supra*, at p. 700 (quoting *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at para. 2355):

It has occasionally been said that this correction must be claimed before the jury are discharged, but this seems unsound because such errors are seldom ascertained until

En toute déférence, toutefois, je n'accorde pas la même importance que juge Major à la dispersion du jury en tant qu'élément permettant d'établir l'existence d'une crainte raisonnable d'influence. La question de savoir si un verdict peut ou non être corrigé après la libération du jury requiert une analyse éminemment factuelle qui, dans chaque cas, dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la cause probable de l'erreur initiale et la durée de la période écoulée entre le verdict original et le moment où l'erreur a été portée à l'attention du juge du procès : voir l'arrêt *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.), p. 154. Il n'est souvent pas pratique de recourir à un critère de dispersion essentiellement rigide pour décider si le verdict d'un jury peut être corrigé; comme l'a souligné le juge Lamer dans *Head*, précité, p. 700 (citant *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, par. 2355) :

[TRADUCTION] On a parfois soutenu qu'il faut demander cette rectification avant que le jury ne soit libéré, mais cet argument semble porter à faux parce que de telles

after the jury have separated and conversed out of court, and if the error is satisfactorily established, there can hardly be any fixed time to limit its correction.

Given that the general rule prohibiting post-discharge jurisdiction serves to protect the interests of justice, it is axiomatic that an exception to that rule must serve the interests of justice in a way that adherence to the rule could not. Where it is carefully established that an error was made in recording the jury's true verdict, the interests of justice will rarely be served by prohibiting the trial judge from altering the verdict as entered. Such a rigid adherence to procedural niceties, in my view, would undermine, rather than strengthen, the public's confidence in our jury system by impeding the ascertainment of truth and justice. As the court in *State v. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (Wis. 1995), concluded, at p. 151:

It is not difficult, however, to imagine a scenario where an incorrect verdict transcription could result in a serious injustice. The public policy considerations of promoting a jury's freedom of deliberation, the stability and finality of judgments and protecting jurors against annoyance and embarrassment are indeed noble and must be taken into account; however, these considerations may not completely trump the ascertainment of the "truth" as actually found by the jury.

In the instance of an erroneously entered guilty verdict, it would be a serious injustice to allow an innocent person to remain in prison simply because members of the jury had separated or mingled with the public. There is no guarantee that the Attorney General would forego the holding of a new trial, given the limited inquiry concerning the verdict, and no certainty that a new trial would produce the same result. Even if bail were granted, the innocent person's burden would be great. I believe that it is also society's interest that those found guilty do not go free.

erreurs sont rarement constatées avant que les jurés ne se soient dispersés et qu'ils n'aient eu des conversations hors de la salle d'audience et, si l'erreur est établie d'une manière satisfaisante, sa rectification ne peut guère être soumise à un délai fixe.

Comme la règle générale excluant la compétence du tribunal après la libération du jury vise à protéger les intérêts de la justice, il va de soi que toute exception à cette règle doit servir les intérêts de la justice d'une manière que ne permettrait pas de faire le respect de la règle. Lorsqu'il est soigneusement établi qu'une erreur est survenue dans l'inscription du verdict véritable du jury, rares sont les cas où les intérêts de la justice seraient servis en interdisant au juge du procès de rectifier le verdict qui a été inscrit. Selon moi, une application aussi stricte de certaines technicalités procédurales aurait plutôt pour effet de miner — et non de renforcer — la confiance du public dans notre système de procès par jury en empêchant de faire éclater la vérité et la justice. Comme l'a dit le tribunal dans l'arrêt *State c. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (Wis. 1995), p. 151 :

[TRADUCTION] Il n'est toutefois pas difficile d'imaginer un scénario dans lequel la transcription erronée du verdict pourrait donner lieu à une grave injustice. Il va de soi que les considérations de politique générale comme le fait de favoriser des délibérations franches au sein du jury, la stabilité et le caractère définitif des jugements et la protection des jurés contre les ennuis et les désagréments sont des objectifs nobles, qui doivent être pris en compte; mais ces considérations ne sauraient toutefois l'emporter entièrement sur la manifestation de la « vérité », telle qu'elle a été constatée par le jury.

Dans les cas où un verdict de culpabilité aurait été inscrit à tort, ce serait commettre une grave injustice que de permettre qu'une personne innocente demeure en prison uniquement parce que des membres du jury se sont dispersés ou mêlés au public. Rien ne garantit que le procureur général renoncerait à la tenue d'un nouveau procès, compte tenu de l'enquête limitée qui est effectuée au sujet du verdict, ni qu'un nouveau procès aboutirait au même résultat. Même si cette personne innocente était libérée sous caution, elle se verrait néanmoins imposer un lourd fardeau. Je crois que la société a également intérêt à ce que les personnes déclarées coupables ne soient pas remises en liberté.

6

While dispersal may, in some instances, provide the most compelling evidence on which the test will turn, I do not think dispersal acts as the deciding factor in a case where, as here, the evidence satisfactorily establishes error in carrying out the court's recording of the jury's true verdict and a failure to correct that error would not serve the administration of justice.

II. Application of the Law to the Facts of this Case

7

In stating the verdict, the foreperson coughed or stuttered, causing listeners to hear different verdicts. The verdict as pronounced was never repeated or confirmed by the court. Although the trial judge thought he heard "not guilty as charged", later that same afternoon, he admitted to having "a raging head cold" and acknowledged that there was something "unusual" about the verdict. The court reporter initially recorded the foreperson's verdict as "(inaudible) guilty as charged" and, when examined the next day, testified that he "couldn't be sure" what the foreperson said at the moment of hearing it. Even after replaying the original tape in the courtroom "eight to twelve" times, he was unable to discern what the verdict was (albeit at "normal speed" he heard "guilty as charged"). The court officer testified that she had been unable to understand the foreperson due to a "rumbling" or "gurgling" noise he made while delivering the verdict. Ten of the eleven jurors testified under oath that they heard the foreperson say "guilty", the eleventh stated that she was not able to hear the verdict as announced. The foreperson testified that he sometimes stammered and also had a soft tone of voice, but that he had said "guilty as charged".

Bien que, dans certains cas, la dispersion puisse apporter la preuve la plus convaincante dans l'application du test, je ne pense pas qu'elle constitue le facteur déterminant dans un cas où, comme en l'espèce, la preuve établit de façon satisfaisante qu'une erreur est survenue dans l'inscription par le tribunal du verdict véritable rendu par le jury et où le fait de ne pas corriger cette erreur ne servirait pas l'administration de la justice.

II. Application du droit pertinent aux faits de l'espèce

Lorsqu'il a prononcé le verdict, le président du jury a toussé ou bégayé et les personnes présentes n'ont pas toutes entendu le même verdict. Le verdict qui a été prononcé n'a jamais été répété ni confirmé par le tribunal. Quoique le juge du procès ait cru entendre [TRADUCTION] « non coupable de l'infraction reprochée », il a admis, plus tard le même après-midi, qu'il souffrait d'un « rhume de cerveau aigu » et reconnu qu'il y avait quelque chose « d'inhabituel » à propos du verdict. Le sténographe judiciaire a d'abord consigné en ces termes le verdict du président du jury [TRADUCTION] « (inaudible) coupable de l'infraction reprochée » puis, lorsqu'il a été interrogé le lendemain, il a déclaré qu'il ne [TRADUCTION] « pouvait dire avec certitude » ce que le président du jury avait dit au moment où il a entendu l'annonce du verdict. Même après avoir réentendu [TRADUCTION] « huit à douze » fois le ruban original dans la salle d'audience, il a été incapable de discerner quel était exactement le verdict (bien qu'à « vitesse normale » il entendait « coupable de l'infraction reprochée »). La fonctionnaire de la cour a témoigné ne pas avoir été capable de comprendre le président du jury en raison d'un [TRADUCTION] « borborygme » ou « gargouillement » fait par ce dernier alors qu'il prononçait le verdict. Dix des onze autres jurés ont témoigné sous serment qu'ils avaient entendu le président du jury dire [TRADUCTION] « coupable », tandis que la onzième jurée a déclaré n'avoir pu entendre le verdict qui a été prononcé. Le président du jury a déclaré qu'il lui arrivait de bégayer et, en plus, que le ton de sa voix était doux, mais il a témoigné qu'il avait dit [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ».

Also significant in this case is the manner in which the error was brought to the attention of the court. After the verdict was announced on September 18, the jury was escorted by the court officer from the courtroom to the jury room. Within about 30 seconds after leaving the courtroom, the court officer asked the foreperson what the verdict was. At this point, all 12 jurors were back in the jury room and still within the care and control of the court. In the presence of all of the other members of the jury, the foreperson replied, “You’re kidding, guilty”. Although some of the jurors were in a position to overhear what was said, none of them contradicted the foreperson’s statement. The jurors were then escorted down a private elevator in order to exit the building, which is typical when there is a guilty verdict. On the way back to her office, the court officer heard that the court deputy had said that the verdict was “not guilty”. She testified that she knew immediately that an error had been made.

Within approximately seven to nine minutes after the announcement of the verdict in court, the court officer informed the trial judge of the error. Two constables at the court found the foreperson and another juror in the parking lot. Both jurors were alone and separately confirmed to one of the constables that the verdict was guilty. Within about 25 minutes of the discharge of the appellant, the trial judge had the foreperson and the other juror back in court. Under oath, the foreperson confirmed to the trial judge that the jury’s verdict was guilty and that he had pronounced a guilty verdict in the courtroom. In my view, there is no question of the foreperson’s verdict being altered as a result of anything he heard after returning the initial verdict; any possibility that he was tainted after exiting the building into the parking lot is completely mitigated by the fact that he had already disclosed the error to the court officer while still within the care and control of the court.

Un autre élément significatif en l’espèce est la manière dont l’erreur a été signalée au tribunal. Après l’annonce du verdict, le 18 septembre, les jurés ont été escortés de la salle d’audience à la salle des jurés par la fonctionnaire de la cour. Moins de 30 secondes après la sortie de la salle d’audience, la fonctionnaire a demandé au président quel était le verdict. À ce moment-là, les 12 jurés étaient revenus dans la salle des jurés et demeuraient encore sous l’autorité et la surveillance du tribunal. En présence de tous les autres membres du jury, le président du jury lui a répondu [TRADUCTION] « Vous plaisantez, coupable ». Même si certains des jurés étaient assez proches pour entendre cette conversation, aucun d’entre eux n’a contredit la déclaration du président du jury. Les jurés ont alors pris, sous escorte, un ascenseur privé les conduisant à la sortie de l’immeuble, ce qui est la procédure habituelle en cas de verdict de culpabilité. À son retour au bureau, la fonctionnaire de la cour a appris que le greffier avait dit que le verdict était [TRADUCTION] « non coupable ». Elle a témoigné s’être aperçue immédiatement qu’une erreur venait de se produire.

Sept à neuf minutes environ après le prononcé du verdict dans la salle d’audience, la fonctionnaire de la cour a avisé le juge du procès de l’erreur. Deux agents de police affectés à la cour ont rejoint le président du jury et un autre juré dans le stationnement. Chaque juré était seul et les deux ont confirmé séparément à l’un des agents que le verdict était « coupable ». Environ dans les 25 minutes qui ont suivi la remise en liberté de l’appelant, le juge du procès avait réuni le président du jury et l’autre juré dans la salle d’audience. Le président du jury a confirmé sous serment au juge du procès que le verdict du jury était « coupable » et qu’il avait prononcé un verdict de culpabilité dans la salle d’audience. À mon avis, il est exclu que le verdict du président du jury ait été modifié par suite de quoi que ce soit qu’il ait pu entendre après avoir rendu le verdict initial; toute possibilité qu’il ait pu être influencé après être sorti de l’immeuble et s’être rendu dans le stationnement est complètement exclue du fait qu’il avait déjà révélé l’erreur à la fonctionnaire de la cour pendant qu’il était encore sous l’autorité et la surveillance de la cour.

10 Around the time the trial judge was questioning the foreperson, the court officer called the remaining 10 jurors at their homes and asked them to return to the courthouse. She also asked one of the jurors on the phone “off the record” what the verdict was; like the foreperson and the other juror found in the parking lot, the juror said “guilty”.

11 The trial judge reconvened court the following morning. The full jury was present, and each of the jurors unequivocally testified that the verdict was “guilty”, including the foreperson who repeated that he had said “guilty as charged”. On September 23, the jury was again reconvened and each juror was separately asked to repeat the verdict as pronounced as well as the verdict they had agreed to. Once again, all responded “guilty” to both inquiries, except for one juror who testified that she did not hear the foreperson as he announced the verdict, but that there was “not a doubt in [her] mind at all” as to what the actual verdict was. Although, as Major J. points out, two jurors testified that they had read and heard statements about the case in the media, I think it is important to stress that both unequivocally and consistently testified that the true verdict was guilty. The first indicated that he was certain what verdict the jury had reached: “I read the articles on the weekend but they had no influence. The verdict was given. The verdict is what it was. We spent almost – close to 15 hours in deliberations. There was no question” (emphasis added). Similarly, the latter testified that there was “not a doubt in [her] mind at all” as to what the verdict was. The juror who started to allude to something he had heard in the media but was prevented by the trial judge from completing his testimony on that point was asked not only whether he heard anything that affected, but also anything that might have affected, his testimony in court. He replied: “Absolutely not”.

Pendant que le juge du procès interrogeait le président du jury, la fonctionnaire de la cour a téléphoné aux 10 autres jurés à leur résidence pour leur demander de revenir au palais de justice. Elle a alors demandé [TRADUCTION] « officieusement » à l’un des jurés quel était le verdict; à l’instar du président du jury et de l’autre juré rejoint dans le stationnement, ce juré a répondu [TRADUCTION] « coupable ».

Le juge du procès a de nouveau réuni le tribunal le lendemain matin. Le jury au complet y était et chaque juré a déclaré de manière non équivoque que le verdict était [TRADUCTION] « coupable », y compris le président du jury, qui a répété qu’il avait dit « coupable de l’infraction reprochée ». Le 23 septembre, le jury a une fois de plus été réuni et chacun d’eux a été appelé séparément à répéter le verdict tel qu’il avait été annoncé ainsi que le verdict qu’ils avaient arrêté. Encore une fois, tous ont répondu [TRADUCTION] « coupable » aux deux questions, sauf pour une jurée qui a déclaré qu’elle n’avait pas entendu le président du jury au moment où il a annoncé le verdict, mais que le verdict véritable [TRADUCTION] « ne faisait aucun doute dans [son] esprit ». Bien que, comme le souligne le juge Major, deux jurés aient déclaré avoir lu et entendu des reportages à propos de l’affaire dans les médias, je pense qu’il est important de signaler qu’ils ont tous deux maintenu catégoriquement que le verdict véritable était « coupable ». Le premier a dit qu’il était certain du verdict arrêté par le jury : [TRADUCTION] « J’ai lu les articles pendant la fin de semaine, mais ils n’ont eu aucune influence sur moi. Le verdict avait été rendu. Le verdict est ce qu’il était alors. Nous avons passé presque – pratiquement 15 heures à délibérer. Il n’y avait pas de doute » (je souligne). De même, l’autre a dit que le verdict [TRADUCTION] « ne faisait aucun doute dans [son] esprit ». Le juré qui a commencé à faire allusion à quelque chose qu’il avait entendu dans les médias, mais qui a été empêché par le juge du procès de compléter son témoignage sur ce point, s’est vu demander non seulement s’il avait entendu quelque chose qui avait influencé son témoignage devant le tribunal, mais également s’il avait entendu quelque chose qui aurait pu influencer son témoignage. Il a répondu : [TRADUCTION] « Absolument pas ».

Taking into consideration the totality of the circumstances, I do not think there was a reasonable apprehension of taint in this case. Although the nature and scope of the jury's dispersal and the potential exposure to media coverage raise the possibility of taint, neither of these factors is dispositive given the credible reason for the error and the manner in which it was brought to the court's attention and confirmed by the jury. Even though the other jurors did not confirm the error until the next day, it is significant that the court officer was told the jury's actual verdict within seconds after the verdict was pronounced and before the foreperson had any opportunity to mingle with the public. Also significant is the fact that the foreperson communicated the true verdict to the judge within a very short period of time. The jurors who were recalled on September 19, the morning after the verdict was returned, were simply confirming the correct verdict that had already been communicated by the foreperson to the trial judge the previous day. The evidence indicates that until they were called at home after the trial, these jurors were under the impression that the verdict announced in court was guilty.

In short, from the conclusion of the trial through the third and final inquiry, every single juror, whether asked off the record or under oath, consistently, repeatedly, and unequivocally confirmed that the verdict was "guilty". A reasonable and right-minded person, apprised of these circumstances, would not conclude that there was a reasonable apprehension of taint in this case; quite simply, "[t]he clear evidence of [undue influence] required to sustain a reasonable apprehension of [taint] is nowhere to be found": *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 58. To require a new trial or allow the incorrect verdict to stand in light of the totality of these circumstances would work a serious injustice to the interests of the state and the general public "since it forces the court to tell the jurors that despite the fact that they have dutifully carried out the oath that they had sworn to uphold by listening to [20] days of evidence and then rendering a unanimous and otherwise valid verdict, their decision must be ignored": V. Maric, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135, at p. 136. I have utmost faith in the

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je ne pense pas qu'il y ait eu quelque crainte raisonnable d'influence en l'espèce. Bien que la nature et la durée de la dispersion des jurés et le fait qu'ils aient pu être exposés à la couverture de l'événement par les médias soulèvent la possibilité d'influence, aucun de ces facteurs n'est concluant vu la cause crédible de l'erreur et la manière dont celle-ci a été signalée au tribunal puis confirmée par le jury. Même si les autres jurés n'ont confirmé l'erreur que le lendemain, il faut souligner que la fonctionnaire de la cour a appris le verdict véritable du jury dans les secondes qui ont suivi son prononcé et avant que le président du jury n'ait eu l'occasion de se mêler au public. Autre fait notable, le président du jury a communiqué le verdict véritable au juge dans un très court délai. Les jurés qui ont été rappelés le 19 septembre, le lendemain matin du prononcé du verdict, n'ont fait que confirmer le verdict véritable qui avait déjà été communiqué la veille au juge du procès par le président du jury. La preuve indique que, jusqu'à ce qu'on les rejoigne par téléphone à domicile après le procès, ces jurés avaient l'impression que le verdict qui avait été annoncé en salle d'audience était « coupable ».

En somme, de la clôture du procès jusqu'à la fin de la troisième et dernière enquête, chaque juré a — soit en réponse à une question officieuse soit dans une déposition sous serment — confirmé de manière constante, répétée et non équivoque que le verdict était « coupable ». Une personne sensée et raisonnable, au fait de ces circonstances, ne conclurait pas qu'il y avait crainte raisonnable d'influence en l'espèce; bref, « [i]l n'y a pas de preuve établissant clairement l'existence [d'influence induite] justifiant une crainte raisonnable [d'influence] » : *S. (R.D.)*, précité, par. 58. Exiger la tenue d'un nouveau procès ou confirmer le verdict inexact, à la lumière de l'ensemble de ces circonstances, serait commettre une très grave injustice envers les intérêts de l'État et du public en général, [TRADUCTION] « puisqu'[une telle décision] oblige le tribunal à dire aux jurés que, en dépit du fait qu'ils aient dûment respecté leur serment et écouté [20] jours de témoignages et de plaidoiries puis rendu un verdict unanime et par ailleurs valide, leur décision doit être écartée » : V. Maric, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135,

public's ability to understand the error that took place here and the need for flexibility on the part of judges to take appropriate steps to remedy errors of this nature. It strikes me that any confusion on the part of the public will stem from the decision to expend the Crown's resources on another trial even though there is no reasonable apprehension of taint and no doubt that the jury's true verdict was "guilty".

14

In any event, I wholly disagree with Major J. that the trial judge's conclusion was incomplete and resulted in an error of law. I believe instead that considerable deference is owed to the trial judge's largely fact-driven conclusion that there is "absolutely no air of reality to the suggestion that there was or may have been tainting in respect of any one or more of the members of the jury between the time the verdict was announced on the afternoon of September 18, 1997 and the time the members of the jury reconvened and testified the following morning" in this case. This conclusion was based, not by "focuss[ing] solely on whether the jurors were actually influenced" (emphasis in original), as Major J. suggests (at para. 89), but rather on an objective consideration of the totality of the circumstances; indeed, the "air of reality" test applied by the trial judge, like the reasonable apprehension of taint inquiry, looks to the viewpoint of a reasonable person properly informed of the situation: see *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29. The trial judge conducted an extensive three-day inquiry in which all relevant persons, including the court reporter, the court officer, the registrar, the court constables, and all 12 members of the jury, were carefully examined. As Weiler J.A. noted in her reasons in the Court of Appeal, at para. 45: "The trial judge ensured that the process in which he engaged was fair to the accused. Having regard to the fact the accused was not present [of his own accord] when some of the evidence was heard, he had the witnesses repeat all of the evidence to ensure that the appellant was not prejudiced." In my view, the factors that the trial judge took into account, namely, the reason for the error, the manner in which it came to his attention, and the clear and unequivocal

p. 136. Je suis entièrement convaincue que le public est en mesure de comprendre l'erreur survenue en l'espèce et la nécessité d'accorder aux juges la souplesse nécessaire pour prendre les mesures qui s'imposent afin de remédier aux erreurs de cette nature. J'estime que toute confusion qui pourrait naître au sein du public découlera de la décision de consacrer les ressources de l'État à la tenue d'un autre procès, même s'il n'y a aucune crainte raisonnable d'influence et s'il ne fait aucun doute que le verdict véritable du jury était « coupable ».

Quoi qu'il en soit, je ne saurais souscrire à l'opinion du juge Major que la conclusion du juge du procès était incomplète et a entraîné une erreur de droit. Je crois plutôt qu'il faut faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la conclusion largement factuelle du juge du procès selon laquelle, en l'espèce, [TRADUCTION] « la suggestion qu'un ou plusieurs des membres du jury aient été influencés ou aient pu l'être entre le moment de l'annonce du verdict, dans l'après-midi du 18 septembre 1997, et celui où ils ont été réunis de nouveau pour témoigner le lendemain matin n'a absolument aucune vraisemblance ». Cette conclusion a été tirée non pas en « s'attach[ant] uniquement à la question de savoir si les jurés avaient été réellement influencés » (souligné dans l'original), comme le suggère le juge Major (au par. 89), mais plutôt au terme de l'examen de l'ensemble des circonstances; de fait, tout comme l'analyse relative à la crainte raisonnable d'influence, le critère de la « vraisemblance » qu'a appliqué le juge du procès tient compte du point de vue d'une personne raisonnable et bien au fait de la situation : voir *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29. Le juge du procès a mené une enquête approfondie de trois jours au cours de laquelle toutes les personnes intéressées — y compris le sténographe judiciaire, la fonctionnaire de la cour, le greffier, les agents de police affectés à la cour ainsi que les 12 membres du jury — ont été soigneusement interrogées. Comme le souligne madame le juge Weiler de la Cour d'appel au par. 45 de ses motifs : [TRADUCTION] « Le juge du procès a fait en sorte que le processus qu'il avait choisi soit équitable envers l'accusé. Eu égard au fait que [par choix] l'accusé n'était pas présent quand une partie de la preuve a été entendue, le juge du procès a demandé

statements of the jurors that the verdict was “guilty as charged”, favour dismissal. I am not persuaded that dispersal of the jury was the overriding factor that the trial judge should have considered.

The trial judge was aware of the publicity surrounding the verdict as well as the possibility that some, perhaps even all, of the jurors were exposed to reactions by the public and the media. Unlike my colleague, however, I do not believe that mere exposure to media or conversations about the case automatically spoils the juror’s later statements, especially where, as here, it is abundantly clear that the jury had actually intended to find the appellant “guilty”. In another case with a different set of facts, we might find dispositive the fact that a discharged juror potentially mingled with the public or read media reports of the trial. On the particular facts of this case, however, there was no reasonable apprehension of taint, and it was proper for the trial judge to record the jury’s true verdict.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

At issue in this appeal are important considerations of our justice system, particularly that of the jury.

In criminal cases the jury must be unanimous to convict or acquit; a failure to reach a verdict results in a mistrial. An essential ingredient of that process

aux témoins de reprendre leur témoignage au complet afin de s’assurer que l’appelant ne subisse pas de préjudice. » À mon avis, les facteurs dont le juge du procès a tenu compte, à savoir la cause de l’erreur, la manière dont celle-ci a été portée à son attention et les déclarations claires et non équivoques des jurés portant que le verdict était [TRADUCTION] « coupable de l’infraction reprochée », militent en faveur du rejet du pourvoi. Je ne suis pas convaincue que la dispersion du jury était le principal facteur que le juge du procès aurait dû prendre en considération.

Le juge du procès était au fait de toute la publicité qui avait entouré le verdict et de la possibilité que certains jurés, voire tous, aient été exposés aux réactions du public et des médias. Contrairement à mon collègue, toutefois, je ne crois pas que le seul fait que les jurés aient été exposés aux reportages des médias ou à des conversations au sujet de l’affaire vicie nécessairement leurs déclarations subséquentes, particulièrement dans les cas où, comme en l’espèce, il est très clair que le jury entendait déclarer l’appelant [TRADUCTION] « coupable ». Il est possible que, dans une affaire ultérieure comportant un contexte factuel différent, nous jugions déterminant le témoignage d’un juré qui, une fois libéré, a pu se mêler au public ou lire dans les médias des reportages sur le procès. À la lumière des faits particuliers de la présente espèce, cependant, il n’existait pas de crainte raisonnable d’influence et le juge du procès était fondé à inscrire le verdict véritable du jury.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève d’importantes considérations touchant notre système de justice, particulièrement l’institution du jury.

Dans les instances pénales, le verdict de culpabilité ou d’acquittement doit être rendu à l’unanimité par le jury. L’incapacité de celui-ci à s’entendre sur

15

16

17

18

is that the presiding judge is fully aware of the decision and is also aware that it is the decision of each and every juror.

19 Canadians repose confidence in our jury system, a system that has remained essentially unchanged since our country was founded. The public expects a fair and final verdict from its juries. Any departure from those standards would, to the detriment of the country, erode that confidence. We cannot permit that erosion.

20 This appeal arises from a unique set of circumstances which raises these concerns. To all public appearances, the appellant Howard Burke was acquitted by a jury on the charge of attempted murder. The foreman announced the verdict. In doing so, he either stuttered or cleared his throat such that different people in the courtroom heard different versions of the verdict. The trial judge heard “not guilty” and recorded the verdict as such. The jury had actually intended to find the appellant “guilty”.

21 The trial judge excused the jury, and shortly after their exit, discharged the accused. Soon after the jury’s discharge, a court officer discovered that the foreman believed that the jury had delivered a verdict of guilty. Upon being informed of the error, the trial judge held several inquiries into what had taken place. The trial judge concluded that he had jurisdiction to change the recorded verdict to “guilty as charged” and register a conviction.

22 The issue at the heart of this appeal is whether a trial judge has jurisdiction in a criminal trial to inquire into and possibly correct an error in the verdict after the discharge of the jury, and if so, the extent to which such jurisdiction exists. I conclude that such jurisdiction may exist in certain unusual circumstances.

le verdict entraîne l’annulation du procès. Un aspect essentiel de ce processus est que le juge président le procès sache parfaitement quelle est cette décision et que celle-ci a l’aval de chacun des jurés.

Les Canadiennes et les Canadiens ont confiance dans notre système de procès devant jury, lequel est demeuré pratiquement inchangé depuis la création de notre pays. Le public attend des jurys qu’ils prononcent des verdicts justes et définitifs. Toute dérogation à ces normes aurait pour effet d’ébranler cette confiance et de nuire à notre pays. Nous ne saurions permettre une telle érosion.

Le présent pourvoi découle d’un ensemble exceptionnel de circonstances, qui soulèvent ces diverses considérations. Selon toutes les apparences extérieures, l’appellant Howard Burke a été acquitté par un jury de l’accusation de tentative de meurtre qui pesait contre lui. Le président du jury a annoncé le verdict. Au moment de l’annonce, il semble qu’il ait bégayé ou se soit raclé la gorge et, de ce fait, les personnes présentes dans la salle d’audience n’ont pas entendu le même verdict. Le juge du procès a entendu les mots [TRADUCTION] « non coupable » et inscrit ce verdict. Dans les faits, le jury entendait plutôt déclarer l’accusé « coupable ».

Le juge du procès a libéré les jurés puis, après leur sortie, il a remis l’accusé en liberté. Peu de temps après la libération du jury, une fonctionnaire de la cour s’est rendu compte que le président du jury croyait que le jury avait prononcé un verdict de culpabilité. Dès qu’il a été avisé de l’erreur, le juge du procès a mené plusieurs enquêtes pour savoir ce qui s’était passé. Il a conclu qu’il avait compétence pour remplacer le verdict qui avait été inscrit par celui de [TRADUCTION] « coupable de l’infraction reprochée » et pour inscrire une déclaration de culpabilité.

La question qui est au cœur du pourvoi est de savoir si, dans une instance criminelle, le juge du procès a compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur une erreur relative au verdict et possiblement pour corriger cette erreur et, dans l’affirmative, quelle est l’étendue de cette compétence. Je conclus à l’existence de cette compétence dans certaines circonstances exceptionnelles.

There are four possible outcomes of a jury trial:

- (1) The jury renders the verdict that it intended. The jury is discharged and the trial has concluded. This is the usual result.
- (2) The jury does not render the verdict it intended. The jury is not yet discharged. The trial judge retains jurisdiction to record the intended verdict.
- (3) The jury does not render the verdict it intended. The jury is discharged by the trial judge but, unlike the strict rule in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, the trial judge retains a narrow post-discharge jurisdiction to recall the jury for the purposes of an equally narrow inquiry into the alleged error, the focus of the inquiry being whether there is a reasonable apprehension of bias. This jurisdiction to recall the jury for an inquiry exists only for unintended errors; the trial judge cannot recall the jury to make any changes to the verdict that require further jury deliberation. If there is no reasonable apprehension of bias, the trial judge can and should correct the erroneous verdict.
- (4) The jury does not render the verdict it intended. The jury is discharged, the trial judge recalls them for an inquiry, and the inquiry establishes a reasonable apprehension of bias. Normally, such an apprehension is only likely to arise where the jury has dispersed. Dispersal of the jury means that the jury has ceased to operate as a single unit, and has separated and mingled (or had the opportunity to mingle) with the public. Dispersal is a crucial factor in determining whether or not there is a reasonable apprehension of bias. If the trial judge concludes that there is a reasonable apprehension of bias, the trial judge cannot record the intended verdict, because the trial, in a manner of speaking, has reached the end of the road. However, in order to prevent a miscarriage of justice, the trial judge retains the ability to

Quatre issues sont possibles au terme d'un procès devant jury :

- (1) Le jury prononce le verdict qu'il entendait rendre, il est libéré et le procès prend fin. C'est l'issue habituelle.
- (2) Le jury ne prononce pas le verdict qu'il entendait rendre, mais il n'a pas été encore libéré. Le juge du procès garde compétence pour inscrire le verdict qu'il entendait rendre le jury.
- (3) Le jury ne prononce pas le verdict qu'il entendait rendre. Le jury a été libéré par le juge du procès, mais, contrairement à la règle stricte établie dans l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, le juge du procès conserve un pouvoir limité, soit celui de rappeler les jurés pour tenir une enquête — elle aussi de portée limitée — sur l'erreur alléguée, l'aspect central de cette enquête étant la question de l'existence ou non d'une crainte raisonnable de partialité. Ce pouvoir de rappeler le jury ne s'applique toutefois qu'à l'égard des erreurs commises par inadvertance; le juge n'est pas habilité à rappeler le jury pour que soient apportés au verdict des modifications exigeant de nouvelles délibérations. S'il n'existe pas de crainte raisonnable de partialité, le juge du procès peut et doit corriger le verdict erroné.
- (4) Le jury ne prononce pas le verdict qu'il entendait rendre. Le jury a été libéré. Le juge rappelle les jurés et tient une enquête qui permet d'établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Normalement, une telle crainte n'est susceptible de naître que dans les cas où le jury s'est dispersé. Il y a dispersion du jury lorsque celui-ci cesse d'agir comme une entité distincte et que ses membres se sont dispersés et mêlés au public (ou ont eu l'occasion de le faire). La dispersion est un facteur crucial à prendre en compte pour déterminer s'il existe ou non une crainte raisonnable de partialité. Si le juge du procès conclut à l'existence d'une telle crainte, il ne peut inscrire le verdict que le jury entendait rendre, puisque le procès est en quelque sorte arrivé à son terme. Toutefois, afin de prévenir une erreur judiciaire, le juge du procès conserve

order a mistrial or to maintain the originally communicated verdict.

le pouvoir de prononcer la nullité du procès ou de maintenir le verdict communiqué initialement.

24 This appeal falls within the fourth category, above. The jury had mistakenly rendered an unintended verdict. The jury had been discharged and had dispersed into the community for a lengthy period of time. The overall circumstances establish that there was a reasonable apprehension of bias. The duration of the jury's dispersal is an important factor in finding a reasonable apprehension of bias in this case. Given these circumstances the trial judge ought to have ordered a mistrial, as maintaining the originally recorded verdict would result in a miscarriage of justice. Therefore, I would allow the appeal and order a new trial.

La situation visée par le présent pourvoi appartient à la quatrième catégorie. Le jury a par inadvertance prononcé un verdict qu'il n'entendait pas rendre. Après avoir été libéré, il est resté dispersé au sein de la collectivité pendant une longue période. L'ensemble des faits établit qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. En l'espèce, la durée de la dispersion du jury est un facteur important relativement à la conclusion qu'il y avait crainte raisonnable de partialité. Vu ces circonstances, le juge du procès aurait dû prononcer la nullité du procès, car le maintien du verdict inscrit initialement entraînerait une erreur judiciaire. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Facts

25 The appellant was charged with attempted murder. The charge stemmed from events that took place on October 28, 1996, in which the appellant shot Ian Francis. The dispute between the appellant and Francis concerned an unpaid debt relating to a drug trafficking enterprise, in which Francis and the appellant were joint partners. The appellant claimed the shooting was done in self-defence. The trial was presided over by Minden J. of the Ontario Court (General Division). The trial commenced on September 2, 1997. The jury retired to consider its verdict on September 17.

II. Les faits

L'appelant a été accusé de tentative de meurtre. Cette accusation remonte à des événements survenus le 28 octobre 1996, lorsque l'appelant a abattu Ian Francis. Le différend entre l'appelant et Francis portait sur une dette impayée concernant une opération de trafic de drogues à l'égard de laquelle Francis et lui étaient associés. L'appelant a prétendu avoir tiré en état de légitime défense. Le procès, qui était présidé par le juge Minden de la Cour de l'Ontario (Division générale), a débuté le 2 septembre 1997. Le 17 septembre, le jury s'est retiré pour délibérer.

26 On September 18, the foreman announced the verdict. The trial judge, court registrar and both counsel heard "not guilty as charged". The Crown asked that the jury be polled. The court registrar did not repeat the verdict to the jurors, but instead asked each juror if they agreed or disagreed with the verdict as announced. This polling method was prescribed by a court practice manual. All of the jurors stated that they agreed. The court recorded a verdict of "not guilty", and discharged the jury. The jury exited the courtroom. Shortly thereafter the appellant was discharged and court was adjourned at 2:55 p.m.

Le 18 septembre, le président du jury a annoncé le verdict. Le juge du procès, le greffier de la cour et les deux avocats ont entendu [TRADUCTION] « non coupable de l'infraction reprochée ». Le procureur de la Couronne a demandé qu'on vérifie le verdict auprès des jurés individuellement. Au lieu de répéter le verdict aux jurés, le greffier a plutôt demandé à chacun d'eux s'il était d'accord ou non avec le verdict tel qu'il avait été annoncé. Cette méthode de vérification était prescrite par un guide des pratiques de la cour. Tous les jurés ont déclaré être d'accord avec le verdict. La cour a inscrit le verdict « non coupable » et libéré le jury. Le jury a quitté la salle d'audience. Peu après, l'appelant a été libéré et l'audience a été levée à 14 h 55.

While escorting the jurors out of the courtroom, a court officer asked the foreman what the jury's verdict had been. In the presence of other jurors, the foreman replied, "You're kidding, guilty". The jurors were then escorted down a private elevator in order to exit the building. On the way back to her office, the court officer heard that the verdict had been recorded as "not guilty". Within approximately seven to nine minutes after the announcement of the verdict in court and the jury's exit from the courtroom, the court officer informed Minden J. in his chambers of the apparent error.

An effort was made to locate the jurors. The foreman and another juror were found in the parking lot and brought back to the courthouse. The court officer called the remaining jurors at their homes, but was unable to reach two jurors. She asked one of the jurors on the phone "off the record" what the verdict had been; the juror said guilty.

At 3:20 p.m., 25 minutes after the discharge of the appellant, court resumed in order to clarify the verdict. This was the first of three inquiries. The appellant was not present. Both counsel were present, as well as the foreman and the other juror who had been found in the parking lot. The foreman confirmed that the verdict was intended to be guilty. The other juror was not asked to confirm the verdict. Minden J. stated that he had a head cold and that he could have misunderstood the verdict as announced. Although he thought he had heard "not guilty", he acknowledged that there was "something about it that was unusual".

Minden J. reconvened court on September 19, 1997. The full jury was present, but not the accused. Each of the jurors testified that their verdict was "guilty". The foreman testified that he sometimes stammered and also had a soft tone of voice, but that he had said "guilty as charged". The trial judge concluded that he had jurisdiction to conduct a limited inquiry into what the actual verdict was, and into

Pendant qu'elle escortait les jurés hors de la salle d'audience, une fonctionnaire de la cour a demandé au président quel avait été le verdict. En présence d'autres jurés, le président du jury lui a répondu [TRADUCTION] « Vous plaisantez, coupable ». Les jurés ont alors pris, sous escorte, un ascenseur privé les conduisant à la sortie de l'immeuble. À son retour au bureau, la fonctionnaire de la cour a appris que le verdict qui avait été inscrit était [TRADUCTION] « non coupable ». Environ sept à neuf minutes après l'annonce du verdict en salle d'audience et la sortie du jury de celle-ci, la fonctionnaire a avisé le juge Minden, dans son cabinet, de l'erreur apparente.

Des efforts ont été déployés pour retrouver les jurés. Le président du jury et un autre juré ont été rejoints dans le stationnement et ramenés à la salle d'audience. La fonctionnaire de la cour a téléphoné aux autres jurés à leur domicile, mais elle a été incapable de rejoindre deux d'entre eux. Elle a demandé [TRADUCTION] « officieusement » à l'un des jurés, quel avait été le verdict. Le juré a répondu coupable.

À 15 h 20, soit 25 minutes après la libération de l'appellant, la cour a repris l'audience afin de clarifier la question du verdict et tenu alors la première de trois enquêtes. L'appellant était absent, mais les deux avocats étaient présents, en compagnie du président du jury et de l'autre juré, qu'on avait rejoints dans le stationnement. Le président du jury a confirmé que le verdict qu'entendait rendre le jury était coupable. On n'a pas demandé à l'autre juré de confirmer le verdict. Le juge Minden a déclaré qu'il souffrait d'un rhume de cerveau et qu'il était possible qu'il ait mal entendu le verdict annoncé. Même s'il croyait avoir entendu [TRADUCTION] « non coupable », il a reconnu qu'il y avait « quelque chose d'inhabituel à propos du verdict ».

Le juge Minden a réuni de nouveau le tribunal le 19 septembre 1997. Le jury au complet y était, mais non l'accusé. Les jurés ont chacun déclaré que leur verdict était « coupable ». Le président du jury a déclaré qu'il lui arrivait de bégayer et qu'il ne parlait pas d'une voix forte, mais il a témoigné qu'il avait dit [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ». Le juge du procès a conclu qu'il avait

27

28

29

30

whether the court had committed an error in recording the verdict. He ordered the appellant to appear and issued a bench warrant for his arrest. Court was adjourned until September 22, 1997. A temporary publication ban was imposed.

31 Two articles describing the incident were published in two widely read Toronto papers, the *Star* and the *Sun*. One article appeared on September 19, 1997, and the other on September 22, 1997.

32 On September 23, court reconvened for the third and final time with both the appellant and jury present. The court reporter was called to testify. The transcript of the original proceedings reads as follows:

COURT REGISTRAR: How do you find for the accused, guilty or not guilty as charged?

JURY FOREPERSON: (inaudible) guilty as charged.

The court reporter stated that he originally recorded the foreman's response as unclear. When he replayed the tape at normal speed, he heard "guilty as charged". However when he played the tape again on more sophisticated audio equipment, he heard "not guilty as charged" and was prepared to certify the verdict as such.

33 The jury was questioned. The foreman testified that he had cleared his throat in announcing the verdict, and that he had in fact said "guilty as charged". He again stated that he was soft spoken, and that he had a tendency to stammer when nervous. The trial judge asked the remaining 11 jurors whether they heard the verdict when it was announced and if so, what they heard. Most of the jurors testified that they had heard the verdict as it was announced, and that they had heard "guilty". One juror testified that she was unable to hear the foreman as he announced the verdict. Another juror stated that "as near as I could tell", she heard the foreman say "guilty as charged".

compétence pour tenir une enquête limitée en vue de découvrir quel était le verdict véritable et de déterminer si la cour avait commis une erreur en inscrivant le verdict. Il a ordonné à l'appelant de comparaître et a lancé un mandat d'arrestation contre lui. Il a ajourné l'audience jusqu'au 22 septembre 1997 et rendu une ordonnance temporaire de non-publication.

Deux articles décrivant l'événement ont été publiés dans deux journaux à fort tirage de Toronto, le *Star* et le *Sun*, l'un le 19 septembre 1997 et l'autre le 22 septembre 1997.

Le 23 septembre, la cour s'est réunie pour la troisième et dernière fois en présence de l'appelant et du jury. Le sténographe judiciaire a été appelé à témoigner. Voici le passage pertinent de la transcription de la procédure originale :

[TRADUCTION]

LE GREFFIER : Quelle est votre décision, l'accusé est-il coupable ou non coupable de l'infraction reprochée?

LE PRÉSIDENT DU JURY : (inaudible) coupable de l'infraction reprochée.

Le sténographe judiciaire a déclaré avoir d'abord inscrit que la réponse du président du jury était imprécise. Lorsqu'il a fait rejouer le ruban à vitesse normale, il a entendu [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ». Toutefois, lorsqu'il a écouté de nouveau le ruban à l'aide de matériel audio plus perfectionné, il a entendu [TRADUCTION] « non coupable de l'infraction reprochée » et il était prêt à certifier le verdict en ces termes.

Le juge a interrogé les jurés. Le président du jury a déclaré qu'il s'était raclé la gorge en prononçant le verdict et que, dans les faits, il avait dit [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ». Il a de nouveau déclaré qu'il ne parlait pas d'une voix forte et qu'il avait tendance à bégayer sous l'effet de la nervosité. Le juge du procès a demandé aux 11 autres jurés de dire s'ils avaient entendu le verdict au moment où il a été annoncé et, si oui, de dire ce qu'ils avaient entendu. La plupart des jurés ont témoigné avoir entendu le verdict lorsqu'il a été annoncé et avoir entendu le mot [TRADUCTION] « coupable ». Une jurée a déclaré

There was some variation among the jurors' testimonies as to whether they heard the foreman say "guilty as charged", "guilty" of the offence of "first degree murder", "guilty of attempted murder", or "guilty as accused".

Counsel for the defence requested that he be permitted to cross-examine the jurors in order to test their credibility and examine the possibility of bias. The trial judge did not permit defence counsel's cross-examination. Instead, he asked each juror two questions regarding taint or bias:

1. Between the giving of your verdict last Thursday afternoon and your testimony on Friday, was anything said to you by anyone, either by family, friends, court officials, fellow jurors or anyone else that influenced you so as to affect your testimony here in court?
2. Between the giving of your verdict last Thursday afternoon and your testimony on Friday, did you read or hear anything in the media that influenced you so as to affect your testimony here in court?

Two jurors testified that they had read or heard things in the media about the case but had not been influenced. One juror started to allude to an item he had heard in the media about the case, but was cut off by the trial judge before he could give a complete answer. The remaining nine jurors replied in the negative to both of the above questions. The inquiry ended on September 24, 1997.

III. Judicial History

Minden J. held that he had the jurisdiction to change the recorded verdict from "not guilty" to "guilty as charged". He considered the Supreme

ne pas avoir pu entendre le président du jury lorsqu'il a annoncé le verdict. Une autre a affirmé que, [TRADUCTION] « pour autant qu'elle puisse l'affirmer », elle avait entendu le président du jury dire « coupable de l'infraction reprochée ». Les dépositions des jurés ont divergé quant aux termes exacts employés par le président du jury, certains disant avoir entendu [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée », « coupable » de l'infraction de « meurtre au premier degré », « coupable de tentative de meurtre » ou « coupable des faits reprochés ».

L'avocat de la défense a demandé la permission de contre-interroger les jurés afin de mettre leur crédibilité à l'épreuve et d'examiner la possibilité de partialité. Le juge du procès ne l'a pas autorisé à le faire, il a plutôt posé lui-même à chaque juré deux questions au sujet de la possibilité d'influence ou de partialité :

[TRADUCTION]

1. Entre le prononcé de votre verdict jeudi après-midi dernier et votre témoignage vendredi, quelqu'un — un parent, un ami, un fonctionnaire de la cour, un autre juré ou toute autre personne — vous a-t-il dit quoi que ce soit qui vous a influencé et qui a une incidence sur le témoignage que vous donnez en ce moment?
2. Entre le prononcé de votre verdict jeudi après-midi dernier et votre témoignage vendredi, avez-vous lu ou entendu dans les médias quoi que ce soit qui vous a influencé et qui a une incidence sur le témoignage que vous donnez en ce moment?

Deux jurés ont déclaré avoir lu ou entendu des choses dans les médias au sujet de l'affaire, mais ne pas avoir été influencés. Un juré a commencé à faire allusion à quelque chose qu'il avait entendu dans les médias au sujet de l'affaire, mais le juge du procès l'a interrompu avant qu'il ne puisse donner une réponse complète. Les autres jurés ont répondu par la négative aux deux questions précitées. L'enquête a pris fin le 24 septembre 1997.

III. Historique des procédures judiciaires

Le juge Minden a conclu qu'il avait compétence pour remplacer le verdict qui avait été inscrit, savoir [TRADUCTION] « non coupable », par

34

35

36

Court decision in *Head, supra*, which if applied would result in him being *functus officio*. Minden J. found that *Head* was distinguishable from the present case, because “[t]he issue in *Head* was whether or not a jury could be reconvened to vary or reconsider its . . . verdict after the jury had been discharged. . . . The issue here is: what was the jury’s verdict and was an error made . . . in recording that verdict?”

37

He found no air of reality to the suggestion that the jurors were or may have been tainted between the time when the verdict was announced and the time that the jurors were reconvened and testified the next morning. The jury’s true and unanimous verdict was “guilty”. The mandate of a trial judge is to accurately record the jury’s true verdict; the trial judge failed to follow his mandate in this case. Therefore, the inaccurate recording of the verdict and the discharge of the jury and accused constituted a “nullity”. Minden J. recorded the verdict as “guilty” and registered a conviction. He sentenced the appellant to 12½ year’s imprisonment.

38

Weiler J.A. (Simmons J.A. concurring) for the Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal: (2001), 53 O.R. (3d) 600. She concluded that the rule in *Head* makes it clear that once the jury has been discharged, it is too late to inquire into the nature of the verdict. This rule is based on policy reasons such as protecting jurors from post-trial harassment, encouraging open discussion in the jury room, and ensuring the finality of the verdict. However, Weiler J.A. held, at para. 37, that although a judicial body is normally *functus officio* once a jury has been discharged, sometimes a “clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission” can be corrected. She concluded that the error in this case is an accidental slip. She also concluded that *Head* does not govern this case. *Head* dealt with an internal event, the jury’s deliberations, which are protected to encourage free and frank

« coupable de l’infraction reprochée ». Il a examiné l’arrêt *Head*, précité, de notre Cour qui, s’il était applicable, entraînait son dessaisissement. Le juge Minden a estimé que cet arrêt pouvait être distingué de la présente espèce pour la raison suivante : [TRADUCTION] « [I]a question en litige dans *Head* était de savoir si un jury pouvait ou non être réuni de nouveau pour modifier ou réexaminer son [. . .] verdict après avoir été libéré. [. . .] En l’espèce, la question en litige est la suivante : Quel était le verdict du jury et y a-t-il eu erreur [. . .] dans l’inscription de ce verdict? »

Il n’a accordé aucune vraisemblance à la suggestion que les jurés avaient été ou pouvaient avoir été influencés entre le moment où le verdict a été annoncé et celui où ils ont été réunis de nouveau pour témoigner le lendemain matin. Le verdict véritable et unanime du jury était [TRADUCTION] « coupable ». La mission du juge du procès consiste à inscrire fidèlement le verdict véritable du jury; le juge du procès ne s’est pas acquitté de sa mission en l’espèce. Par conséquent, l’inscription inexacte du verdict et la libération du jury et de l’accusé étaient frappées de « nullité ». Le juge Minden a consigné le verdict « coupable » et inscrit une déclaration de culpabilité. Il a condamné l’appellant à une peine d’emprisonnement de douze ans et demi.

Madame le juge Weiler (avec l’appui de madame le juge Simmons) a rejeté l’appel au nom de la Cour d’appel de l’Ontario : (2001), 53 O.R. (3d) 600. Elle a estimé qu’il ressort clairement de la règle établie dans l’arrêt *Head* que, dès que le jury a été libéré, il est trop tard pour s’enquérir de la nature du verdict. Cette règle est fondée sur des considérations de politique générale visant notamment à protéger les jurés contre le harcèlement à la suite du procès, à favoriser des délibérations franches dans la salle des jurés et à assurer le caractère définitif du verdict. Madame le juge Weiler a toutefois conclu que, bien qu’un organisme judiciaire soit normalement dessaisi dès la libération du jury, il est parfois possible de corriger [TRADUCTION] « une erreur ou faute matérielles découlant d’un lapsus ou d’une omission accidentels » (par. 37). Elle a estimé qu’on était en présence d’un lapsus.

debate by the jurors without fear of reprisal. Unlike *Head*, the error in the present case was caused by events external to the jury deliberations: what the foreman said in open court and what was heard by the trial judge. As *Head* is distinguishable, its policy reasons were not applicable to this case.

Goudge J.A. dissented. He would have allowed the appeal and restored the originally recorded acquittal. Goudge J.A. disagreed with Weiler J.A.'s conclusion that *Head* was inapplicable to this case. Both *Head* and the present case were about whether, post-discharge, a jury can be reconvened to determine the true nature of the verdict in order to correct an error in the recording of the verdict. An approach which would permit an inquiry into the true verdict in some cases would "inevitably encompass the post-discharge contacts and experiences of jurors and the appearance of possible outside influence that may arise as a consequence. The inquiry will have to engage in the difficult task of evaluating that appearance" (para. 67). In contrast, the principle in *Head* eliminates any need for such complex inquiries. He concluded, at para. 69, that although it may indeed be that an "accidental slip" not requiring the recall of the jury can be corrected post-discharge, that was not the case here.

IV. Issues

- (a) Does a trial judge in a criminal case have jurisdiction to conduct an inquiry into the verdict and alter the verdict after the discharge of the jury?

Elle a aussi jugé que l'arrêt *Head* ne s'appliquait pas en l'espèce. Cet arrêt portait sur un événement interne, les délibérations des jurés, que l'on protège afin d'encourager ces derniers à débattre franchement entre eux, sans crainte de représailles. Contrairement à la situation dans l'affaire *Head*, l'erreur en l'espèce a été causée par des événements extérieurs aux délibérations du jury : ce que le président du jury a dit en salle d'audience et ce qu'a entendu le juge du procès. Comme l'arrêt *Head* pouvait être distingué de la présente espèce, les considérations de politique générale s'y rattachant n'étaient pas applicables.

Le juge Goudge a exprimé sa dissidence. Il aurait accueilli l'appel et rétabli l'acquittement inscrit initialement. Il ne partageait pas la conclusion de madame le juge Weiler selon laquelle l'arrêt *Head* était inapplicable en l'espèce. Tant dans l'affaire *Head* que dans celle dont il était saisi se posait la question de savoir si, après la libération des jurés, il est possible de les réunir de nouveau afin de déterminer la nature véritable du verdict et de corriger une erreur dans l'inscription de celui-ci. Dans certains cas, la démarche propre à permettre de s'enquérir du verdict véritable [TRADUCTION] « viserait inévitablement les contacts qu'ont les jurés avec autrui après leur libération, les situations qu'ils rencontrent ainsi que l'apparence de possibles influences extérieures susceptibles d'en résulter. L'examen comportera nécessairement la difficile tâche d'apprécier cette apparence » (par. 67). Par contraste, le principe établi dans l'arrêt *Head* élimine tout besoin d'effectuer des examens aussi complexes. Au paragraphe 69, le juge Goudge a conclu que, bien qu'il soit possible qu'un [TRADUCTION] « lapsus » ne requérant pas qu'on réunisse à nouveau les jurés puisse effectivement être corrigé après leur libération, il n'était pas en présence d'une telle situation en l'espèce.

IV. Les questions en litige

- a) Le juge président une instance criminelle a-t-il compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur le verdict et modifier celui-ci?

- (b) If the answer to (a) is “yes”, what are the parameters guiding or limiting this post-discharge jurisdiction?
- (c) If a trial judge has post-discharge jurisdiction, what is the scope of the trial judge’s remedial jurisdiction?
- (d) Did the trial judge in this case err by correcting the verdict and entering a conviction?
- b) En cas de réponse affirmative à la question a), quels sont les paramètres guidant ou limitant l’exercice de cette compétence postérieure à la libération du jury?
- c) Si le juge du procès a compétence après la libération du jury, quelle est l’étendue de ce pouvoir de réparation?
- d) En l’espèce, le juge du procès a-t-il commis une erreur en corrigeant le verdict et en inscrivant une déclaration de culpabilité?

V. Analysis

41

These reasons refer to a number of cases dealing with the reasonable apprehension of bias. As the test for taint is the same, and for ease in reading, the use of the term “bias” in these reasons can be interpreted as raising the same issues as “taint”. Taint is in essence a form or subset of bias. Taint and bias are intended here to be, and should be, interchangeable.

A. *The Rule in Head*

42

The common law rule was enunciated by this Court in *Head*. There, the trial judge mistakenly discharged the jury before they had delivered their complete verdict. The foreman pronounced the accused not guilty of the charge as laid. The jury was discharged. Immediately after discharge, the foreman said: “we thought we could find the Defendant not guilty of the charge as laid, but guilty of a lesser charge, is that right?” (*Head, supra*, at p. 696). McIntyre J. for the majority of the Court found that, upon discharge of the jury, the trial judge was *functus officio* and did not have the jurisdiction to correct the verdict. He stated, at pp. 688-90:

On the return of the jury if a clear and unambiguous verdict is given, it is the judge’s duty to accept the verdict

V. Analyse

Les présents motifs se réfèrent à un certain nombre de décisions relatives à la crainte de partialité (« *bias* »). Comme le critère de l’influence (« *taint* ») est le même, et également par souci de commodité, l’emploi du mot « partialité » dans les présents motifs peut être considéré comme soulevant les mêmes questions que le mot « influence ». L’influence est essentiellement une forme de partialité ou une sous-catégorie de celle-ci. En l’espèce, donc, les mots influence et partialité sont interchangeables et devraient être considérés comme tels.

A. *La règle établie dans l’arrêt Head*

La règle de common law a été énoncée par notre Cour dans l’arrêt *Head*. Dans cette affaire, le juge du procès avait erronément libéré le jury avant qu’il ne rende complètement son verdict. Le président du jury a déclaré l’accusé non coupable de l’infraction qui lui était reprochée. Le jury a été libéré et, immédiatement après sa libération, le président du jury a dit : [TRADUCTION] « nous avons cru que nous pourrions déclarer l’accusé non coupable de l’infraction reprochée, mais coupable d’une infraction moindre, n’est-ce pas? » (*Head, précité*, p. 696). S’exprimant pour la majorité de notre Cour, le juge McIntyre a conclu que, dès la libération du jury, le juge du procès était *functus officio*, c’est-à-dire dessaisi de l’affaire, et qu’il n’avait pas compétence pour corriger le verdict. Il a dit ceci, aux p. 688 à 690 :

Si, à son retour, le jury rend un verdict clair et non équivoque, le juge est alors tenu d’accepter ce verdict et,

and, in accordance with the practice of his court, cause it to become a part of the record of the court.

Where, on the other hand, there is ambiguity in the verdict . . . , the trial judge should inquire into the matter to ascertain the true position The judge has the discretion in such a case to accept a substituted or second verdict for the first one returned. This discretion, however, is one which is to be exercised during the course of the trial, that is, in the presence of the accused and his counsel, and prior to the dissolution of the court by the discharge of the jury. . . . It is clear, in my view, that the power or duty of the trial judge to intervene when a jury verdict is returned and to make inquiries relating to the true nature of the verdict is one to be exercised prior to the discharge of the jury [Emphasis added.]

For the majority in *Head*, discharge of the jury is the point of no return beyond which the trial judge in a criminal case cannot alter the recorded verdict.

Lamer J. (as he then was) approached the issue differently in a concurring opinion. He would have permitted a limited post-discharge jurisdiction to inquire into and correct errors made in the conveying or recording of the verdict, but no jurisdiction to correct errors that would involve the jury reconsidering its verdict or completing its deliberations. This approach had been used in civil but not criminal cases.

McIntyre J. disagreed with this position. He preferred to retain the bright-line rule that there is no jurisdiction to inquire into the alleged error and to alter the verdict post-discharge, regardless of the type or cause of error. He correctly stated that there are different policy concerns animating criminal law matters that are absent from civil matters, such as the interests of the state and the general public in the outcome of a criminal case (*Head, supra*, pp. 691-92). Although McIntyre J. did not go on to specify other relevant policy concerns, the courts below in this case articulated some of the policies animating the bright-line rule in *Head*, including: preserving the finality of the verdict and the certainty of the

conformément à la pratique de son tribunal, de le faire inscrire dans les registres de la cour.

Si, par contre, le verdict est ambigu [. . .], le juge du procès doit faire enquête afin de déterminer la situation véritable [. . .] Le juge peut alors, à sa discrétion, accepter qu'un second verdict soit substitué au premier. Ce pouvoir discrétionnaire doit toutefois être exercé au cours du procès, c'est-à-dire en présence de l'accusé et de son avocat, et avant que le tribunal ne soit dissout par la libération du jury. [. . .] Il est clair, selon moi, que le pouvoir ou le devoir qu'a le juge du procès d'intervenir lorsque le jury rend son verdict et de s'enquérir de la nature véritable de ce verdict, doit être exercé ou accompli, selon le cas, avant la libération du jury . . . [Je souligne.]

Pour les juges de la majorité dans l'arrêt *Head*, la libération du jury est le point de non-retour au-delà duquel le juge qui préside un procès criminel ne peut modifier le verdict qui a été inscrit.

Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a, dans une opinion concourante, abordé la question sous un autre angle. Il aurait reconnu l'existence d'une compétence limitée, après la libération du jury, pour enquêter sur les erreurs commises dans la communication ou l'inscription du verdict et les corriger, mais il aurait refusé toute compétence pour corriger des erreurs qui obligeraient le jury à réexaminer son verdict ou à poursuivre ses délibérations. Cette approche avait été appliquée dans des affaires civiles, mais non dans des affaires pénales.

Le juge McIntyre n'a pas souscrit à cette position, préférant conserver la règle rigide selon laquelle le tribunal n'a pas, après la libération du jury, compétence pour enquêter sur l'erreur alléguée et à modifier le verdict indépendamment de la nature de l'erreur ou de la cause de celle-ci. Il a à juste titre affirmé que le droit pénal est régi par des considérations de politique générale différentes de celles qui régissent le droit privé, par exemple l'intérêt de l'État et du public en général dans l'issue des affaires criminelles (*Head, précité*, p. 691-692). Bien que le juge McIntyre n'ait pas fait état d'autres considérations pertinentes, les jugements en l'espèce en ont mentionné certaines qui sont à la base

43

44

trial process; shielding jurors from post-trial harassment and promoting free and frank jury discussions by protecting the secrecy of their deliberations; and preventing the administration of justice from falling into disrepute by ensuring that the jury is not biased. These different considerations warrant a more stringent approach in the criminal law sphere.

45 The courts below held that *Head* was distinguishable from this case. I do not agree. In both *Head* and this appeal, the juries intended verdicts that were misunderstood by the trial judge. The jury in *Head* was not reconsidering its verdict; they had already decided to find the accused guilty on the included charge and not guilty on the charge as laid, and, similar to this case, failed to make their intentions successfully known prior to discharge. The internal-external distinction drawn by Weiler J.A. is unclear. In both cases, the courts had to determine what the intended verdict was, and in doing so, both courts had to inquire into what had been agreed upon in the jury room. Therefore, the error in this case was as “internal” as that in *Head*. *Head* cannot be distinguished from this appeal.

46 That being so, this appeal presents the Court with an opportunity to revisit the rule articulated by McIntyre J. in light of the approach now used in various common law jurisdictions. In my opinion, the common law rule in *Head* must be reformulated. Otherwise, apparent absurdities might result. For instance, where the error in recording the verdict is discovered immediately after the discharge of the jury but before the jurors have left the jury box, *Head* would say that the error could not be corrected.

47 I do not think that result can be right. Where the error is rapidly discovered after discharge but prior to the jury having separated or dispersed, many of

de la règle rigide énoncée dans l’arrêt *Head*, notamment : préserver le caractère définitif des verdicts et la certitude du processus judiciaire, protéger les jurés contre le harcèlement à la suite du procès et favoriser des débats libres et francs entre les jurés en protégeant le secret de leurs délibérations, et empêcher que l’administration de la justice soit déconsidérée en veillant à assurer l’impartialité du jury. Ces différentes considérations justifient l’application d’une approche plus stricte en droit pénal.

Les jugements dont appel ont estimé que l’arrêt *Head* pouvait être distingué de la présente espèce. Je ne suis pas d’accord. Tant dans l’affaire *Head* que dans celle qui nous occupe, le jury avait arrêté un verdict qui a été mal compris par le juge du procès. Dans la première, le jury ne réexaminait pas son verdict. Il avait déjà décidé de déclarer l’accusé coupable de l’infraction incluse mais non coupable de l’infraction dont il était inculqué et, tout comme en l’espèce, il n’avait pas réussi à communiquer adéquatement son intention avant d’être libéré. La distinction erreur interne/erreur externe tirée par madame le juge Weiler de la Cour d’appel n’est pas claire. Dans les deux affaires, les tribunaux étaient appelés à déterminer quel verdict avait été arrêté et, à cette fin, ils devaient s’enquérir de ce qui avait été arrêté dans la salle des jurés. Par conséquent, l’erreur survenue en l’espèce avait un caractère aussi « interne » que celle constatée dans l’affaire *Head*, qui ne peut donc être distinguée du présent pourvoi.

Puisqu’il en est ainsi, le présent pourvoi donne à notre Cour l’occasion de revoir, à la lumière de l’approche qui est maintenant appliquée dans divers ressorts de common law, la règle qu’a énoncée le juge McIntyre. À mon avis, la règle de common law énoncée dans l’arrêt *Head* doit être reformulée. Ne pas le faire risquerait d’entraîner des absurdités évidentes. Supposons, par exemple, que l’erreur dans l’inscription du verdict soit constatée immédiatement après la libération des jurés mais avant qu’ils n’aient quitté leur banc, suivant l’arrêt *Head* cette erreur ne saurait être corrigée.

Je ne pense pas qu’un tel résultat soit approprié. Lorsque l’erreur est constatée rapidement après que le jury a été libéré mais avant qu’il se soit dispersé,

the policy concerns supporting the rule in *Head* are not engaged. If the error is discovered immediately after discharge, then it would seem that the passage of time has been so slight that the finality of the verdict is not a pressing concern. An immediate discovery of the error would mean that the accused and the court could not have been under the illusion of the incorrectly recorded verdict for very long. An error made only in conveying or recording the verdict can be corrected without exposing the deliberations of the jury to undue scrutiny and subjecting them to the risk of post-trial harassment. If the jury has not dispersed beyond the jury box, then there is no realistic possibility that outside influences have tainted the jury. Thus, there is no danger to the administration of justice.

To the contrary, the administration of justice would be brought into disrepute by barring the court from correcting a recorded verdict where there is no perceptible injustice to the accused and no reasonable apprehension of bias. See V. Maric, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135, at pp. 136-37, where it was observed:

Such rigidity jeopardizes the integrity of the jury system since it forces the court to tell the jurors that despite the fact that they have dutifully carried out the oath that they had sworn to uphold by listening to days of evidence and then rendering a unanimous and otherwise valid verdict, their decision must be ignored. . . . [T]he interests of the state and the general public would not be served

In those circumstances, not only would the policy issues used to justify the standard in *Head* not come into play, but the application of the rule in *Head* to this specific situation would run contrary to one of its own underlying policy concerns, namely the administration of justice.

If policy concerns animating the bright-line rule in *Head* are not at risk in the hypothetical facts outlined above (at para. 47), then there is no remaining rationale for prohibiting the trial judge from

bon nombre des considérations de politique générale à la base de la règle de l'arrêt *Head* ne s'appliquent pas. Si l'erreur est constatée immédiatement après la libération du jury, on peut imaginer qu'il s'est écoulé si peu de temps que la question du caractère définitif du verdict ne constitue pas une préoccupation urgente. Si on découvre l'erreur immédiatement, l'accusé et le tribunal n'auront pas été très longtemps sous la fausse impression créée par le verdict incorrectement consigné. S'il s'agit simplement d'une erreur survenue dans la communication ou l'inscription du verdict, elle peut être corrigée sans exposer les délibérations des jurés à un examen trop approfondi et faire courir à ceux-ci le risque d'être harcelés après le procès. Si les jurés ne se sont pas dispersés plus loin que leur banc, il n'y a pas de possibilité réelle d'influences extérieures indues. Par conséquent, la considération dont jouit l'administration de la justice n'est pas compromise.

Au contraire, l'administration de la justice serait déconsidérée si on empêchait le tribunal de corriger le verdict qui a été inscrit, lorsqu'il n'en découle aucune injustice perceptible pour l'accusé et qu'il n'y a aucune crainte raisonnable de partialité. Voir V. Maric, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135, p. 136-137, où l'auteur fait l'observation suivante :

[TRADUCTION] Une telle rigidité compromet l'intégrité de l'institution même du jury, puisqu'elle oblige le tribunal à dire aux jurés que, en dépit du fait qu'ils aient dûment respecté leur serment et écouté des jours et des jours de témoignages et de plaidoiries, puis rendu un verdict unanime et par ailleurs valide, leur décision doit être écartée. [. . .] [L]es intérêts de l'État et du public en général ne seraient pas servis

En pareilles circonstances, non seulement les considérations de politique générale invoquées pour justifier la norme établie dans l'arrêt *Head* n'entrent-elles pas en jeu, mais l'application de la règle énoncée dans cet arrêt à cette situation particulière irait à l'encontre de l'une de ces considérations, à savoir l'administration de la justice.

Si les considérations de politique générale qui sous-tendent la règle rigide établie dans l'arrêt *Head* ne sont pas menacées dans les circonstances hypothétiques décrites plus tôt (par. 47), alors il

reconvening the jury to inquire into the alleged error, and possibly altering the verdict in those limited circumstances.

50

Head proposes a blanket approach that fails to respond to the nuances of specific contexts. Errors can vary from the jury wanting to reconsider its verdict, to a mere administrative slip, from the error being discovered immediately, to where it is not revealed until several days later, from the situation where the jurors have not yet stepped foot outside of the jury box or courtroom, to where the jurors have gone home. It appears obvious that an absolute rule with no exceptions is not attuned to modern, lengthy and expensive jury trials. Lamer J.'s separate reasons in *Head* are more responsive to variances in the facts noted above.

51

There is a wealth of authority supporting the adoption of a more refined and flexible analysis of this sort of problem, similar to the contextual approach suggested by Lamer J. The law in the United Kingdom has evolved to permit the clarification of a verdict in rare circumstances, after the jury has been discharged: *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171 (S.C.); *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.); *R. v. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225 (C.A.); *R. v. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656 (C.A.); *R. v. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303 (C.A.); *R. v. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169 (C.A.); *R. v. Z.A.*, Eng. C.A., March 8, 1999, unreported. Although American case law diverges widely on this issue, several courts have held that in certain situations verdicts can be revisited after the trial judge tells the jury that it is discharged: *People v. Powell*, 221 P.2d 117 (Cal. Dist. Ct. App. 1950); *State v. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (N.J. County Ct. 1956); *State v. Fornea*, 140 So.2d 381 (La. 1962); *Commonwealth v. Brown*, 323 N.E.2d 902 (Mass. 1975); *State v. Edwards*, 552 P.2d 1095 (Wash. Ct. App. 1976); *Webber v. State*, 652 S.W.2d 781 (Tex. Crim. App. 1983); *Burchett v. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (Ky. Ct. App. 1987); *People v. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (Ill.

n'y a plus de raison justifiant d'interdire au juge du procès de rappeler le jury pour enquêter sur l'erreur alléguée et possiblement modifier le verdict dans ces circonstances limitées.

L'arrêt *Head* propose une approche générale qui ne permet pas de tenir compte des nuances de certains contextes. Les situations dans lesquelles peuvent survenir une erreur varient considérablement, qu'il s'agisse du désir du jury de réexaminer son verdict ou d'une simple inadvertance administrative, de l'erreur qui est décelée immédiatement jusqu'à celle qui ne l'est que plusieurs jours plus tard, et du cas où les jurés n'ont pas encore quitté leur banc ou la salle d'audience à celui où ils sont rentrés chez eux. Il semble évident qu'une règle absolue, n'admettant aucune exception, n'est pas adaptée aux longs et coûteux procès devant jury qui ont lieu de nos jours. Les motifs distincts du juge Lamer dans l'arrêt *Head* tiennent davantage compte des différentes situations évoquées ci-dessus.

Une abondante jurisprudence appuie l'application, à l'égard de cette sorte de problème, d'une analyse plus souple et élaborée, analogue à l'approche contextuelle suggérée par le juge Lamer. Au Royaume-Uni, le droit a évolué et il est maintenant permis au tribunal, dans de rares circonstances, de clarifier un verdict après la libération du jury : *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171 (S.C.); *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.); *R. v. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225 (C.A.); *R. v. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656 (C.A.); *R. v. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303 (C.A.); *R. v. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169 (C.A.); *R. v. Z.A.*, C.A. Angl., 8 mars 1999, inédit. Bien que la jurisprudence américaine soit très partagée sur cette question, bon nombre de tribunaux ont jugé que, dans certaines circonstances, il est loisible de corriger des verdicts après la libération du jury par le juge : *People v. Powell*, 221 P.2d 117 (Cal. Dist. Ct. App. 1950); *State v. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (N.J. County Ct. 1956); *State v. Fornea*, 140 So.2d 381 (La. 1962); *Commonwealth v. Brown*, 323 N.E.2d 902 (Mass. 1975); *State v. Edwards*, 552 P.2d 1095 (Wash. Ct. App. 1976); *Webber v. State*, 652 S.W.2d 781 (Tex. Crim. App. 1983); *Burchett v. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (Ky. Ct. App. 1987); *People v. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (Ill.

App. Ct. 1991); *State v. Myers*, 459 S.E.2d 304 (S.C. 1995); *Montanez v. People*, 966 P.2d 1035 (Colo. 1998); *State v. Green*, 995 S.W.2d 591 (Tenn. Crim. App. 1999).

These cases affirm the same general rule used by this Court in *Head*, i.e., that post-discharge, a trial judge is *functus* and has no authority to alter a recorded verdict. However, the case law in these jurisdictions also recognizes an exception to the general rule and permits a rare residual jurisdiction to inquire into the proper verdict in limited circumstances. In addition to the evolving jurisprudence, policy concerns warrant moving beyond *Head* to develop an exception to the general rule. A movement away from the rigidity of the *Head* rule is timely, given both the policy issues involved and the bulk of modern case law on this point. In my opinion, although *Head* forms the general rule that prohibits changes to a criminal verdict post-discharge, we should not foreclose the possibility of a limited and exceptional jurisdiction remaining with the trial judge to recall the jury for the purposes of inquiring into the alleged error, which may result in correction of the recorded verdict. The question then is under what circumstances should this jurisdiction be exercised.

B. *Post-Discharge Jurisdiction to Conduct an Inquiry*

The trial judge does not have the exceptional jurisdiction to inquire into the alleged error post-discharge when the alleged error is of the type such that its correction would involve the jury reconsidering its verdict or completing its deliberations: *Head, supra, per* Lamer J., at pp. 702-3. This limited residual jurisdiction may only be exercised where the errors do not “challenge the ‘validity’ of the verdict or the deliberation or mental processes of the jurors”: *Martin v. State*, 732 So.2d 847 (Miss.

818 (Ky. Ct. App. 1987); *People c. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (Ill. App. Ct. 1991); *State c. Myers*, 459 S.E.2d 304 (S.C. 1995); *Montanez c. People*, 966 P.2d 1035 (Colo. 1998); *State c. Green*, 995 S.W.2d 591 (Tenn. Crim. App. 1999).

Ces décisions confirment la même règle générale appliquée par notre Cour dans l’arrêt *Head*, à savoir que, après la libération du jury, le juge du procès est dessaisi de l’affaire et n’est plus habilité à modifier le verdict qui a été inscrit. Toutefois, dans ces divers ressorts, la jurisprudence reconnaît elle aussi l’existence d’une exception à la règle générale et permet l’exercice d’une rare compétence résiduelle pour enquêter, dans des circonstances limitées, sur le verdict qu’on entendait rendre. Outre l’évolution de la jurisprudence, des considérations de politique générale justifient d’aller au-delà de l’arrêt *Head* et d’assortir la règle générale d’une exception. Le temps est propice pour assouplir la règle établie dans *Head*, eu égard à la fois aux considérations de politique générale en jeu et à l’ensemble de la jurisprudence contemporaine favorisant cette démarche. À mon avis, bien que l’arrêt *Head* énonce la règle générale interdisant la modification, après la libération du jury, du verdict rendu par celui-ci dans une instance pénale, nous ne devrions pas écarter complètement la possibilité que le juge du procès puisse conserver une compétence limitée et exceptionnelle l’autorisant à réunir de nouveau le jury pour enquêter sur l’erreur alléguée, mesure susceptible d’entraîner la correction du verdict qui a été inscrit. La question est alors de savoir dans quelles circonstances ce pouvoir devrait être exercé.

B. *Le pouvoir du juge d’enquêter après la libération du jury*

Le juge du procès ne dispose pas du pouvoir exceptionnel d’enquêter, après la libération du jury, sur l’erreur alléguée dans les cas où, en raison de la nature de l’erreur, le jury doit réexaminer son verdict ou poursuivre ses délibérations : *Head*, précité, le juge Lamer, p. 702-703. Ce pouvoir résiduel limité ne peut être exercé que lorsque les erreurs [TRADUCTION] « ne mettent pas en doute la “validité” du verdict, des délibérations ou des raisonnements des jurés » : *Martin c. State*, 732 So.2d

1998), at p. 851. The rationale is that, once the jury has delivered its verdict, it should not be permitted to change its mind. If the error requires the jury post-discharge to reconsider its earlier conclusion or continue its cogitations on the matter, the error cannot be corrected, because the trial process has concluded and the judge is *functus officio*.

54

It is only where the error does not engage the deliberations of the jury that the exceptional jurisdiction may be exercised. It is unwise to characterize these types of errors as “clerical errors” or “accidental slips”, given the vague meaning of these terms. “Clerical errors” or “accidental slips”, as those terms are commonly understood, are administrative and may be corrected by the judge without recalling the jury: *United States v. Dotson*, 817 F.2d 1127 (5th Cir. 1987), modified upon rehearing 821 F.2d 1034 (5th Cir. 1987); *Bricmont v. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199, and *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. These slips would be minor, such as correcting dates and duties of a similar nature. However, the error in the present appeal and similar cases necessitates a recall of the jury in order to confirm the true and unanimous verdict and the discrepancy with the announced and recorded verdict. Therefore, rather than use the label “clerical error”, it is preferable to say that the exceptional post-discharge jurisdiction can only be exercised where the correction of the error, although it requires the presence of the jury, does not require the jury to reconsider its verdict or complete its deliberations with a view to handing down additional verdicts: *Head, supra, per Lamer J.*, at pp. 702-3.

55

If an irregularity has been detected and the jury has been discharged, the first question a trial judge should ask is whether the nature of the error is such that it would involve the jury reconsidering its verdict or completing its deliberations. If yes, then the general rule in *Head* applies and the trial judge is

847 (Miss. 1998), p. 851. La justification de cette restriction est que, dès que le jury a rendu son verdict, il ne devrait pas être autorisé à changer d’avis. Si, en raison de l’erreur en question, le jury doit, après sa libération, réexaminer sa conclusion initiale ou poursuivre ses délibérations sur l’affaire, cette erreur ne peut être corrigée étant donné que le procès est clos et que le juge est dessaisi de l’affaire.

Ce n’est que lorsque l’erreur ne concerne pas les délibérations du jury que la compétence exceptionnelle peut être exercée. Il n’est pas sage de qualifier les erreurs de ce genre d’« erreurs matérielles » ou de « lapsus », étant donné le sens vague de ces expressions. Selon l’acception générale de ces termes, les « erreurs matérielles » ou les « lapsus » sont des erreurs administratives qui peuvent être corrigées par le juge sans qu’il faille réunir de nouveau le jury : *United States c. Dotson*, 817 F.2d 1127 (5th Cir. 1987), modifiée à la suite d’une nouvelle audience 821 F.2d 1034 (5th Cir. 1987); *Bricmont c. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199, et *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848. Il s’agirait d’erreurs mineures, par exemple erreurs de dates ou autres coquilles du genre. Toutefois, l’erreur en cause dans le présent pourvoi et dans des affaires similaires nécessite le rappel du jury afin de confirmer le verdict véritable et unanime, ainsi que la divergence entre le verdict communiqué et celui qui a été inscrit. Par conséquent, plutôt que d’employer l’expression « erreur matérielle », il est préférable de dire que la compétence exceptionnellement applicable après la libération du jury ne peut être exercée que lorsque la correction de l’erreur, quoiqu’elle requière la présence du jury, n’oblige pas celui-ci à réexaminer son verdict ou à poursuivre ses délibérations en vue de prononcer d’autres verdicts : *Head*, précité, le juge Lamer, p. 702-703.

Lorsqu’une irrégularité est décelée mais que le jury a été libéré, la première question que le juge du procès doit se poser est de savoir si la nature de l’erreur est telle que le jury doit réexaminer son verdict ou poursuivre ses délibérations. Dans l’affirmative, la règle générale de l’arrêt *Head* s’applique

functus officio. If no, the trial judge has a narrow and exceptional jurisdiction to recall the jury for the purposes of inquiring into the alleged error.

C. *The Nature of the Inquiry and its Limitations*

If it is concluded that the error does not require reconsideration of the verdict by the jury, the trial judge has an exceptional jurisdiction to recall the jury for the purposes of conducting an inquiry. However, it remains to be determined whether the trial judge has remedial jurisdiction to change the originally recorded verdict. In some cases, it may simply be too late to change the verdict, even though the error does not involve reconsideration of the verdict. What then is the appropriate cutoff point beyond which the verdict cannot be altered? The post-discharge inquiry determines this cutoff point.

In the courts that permit post-discharge alteration of a verdict, the most common rule is to preclude clarification and correction of the verdict once the jurors have dispersed. The case law expresses its concern with dispersal in various ways, focussing at some times on whether the jurors have “separat[ed] from the presence and control of the trial court” and at others on the “opportunity for outside contact or influence”: *Green, supra*, at pp. 609 and 612.

Some courts have taken a rigid stand on dispersal, and concluded that even the briefest exit from the courtroom eliminates any possibility of changing the verdict: *Brandenburg, supra*; *People v. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (Mich. Ct. App. 1971). For instance, in *Green, supra*, the jury was reassembled 58 seconds after their discharge; it was held to be too late for the trial judge to correct the verdict. This appears to me to be too narrow and rigid an approach to defining the circumstances under which the remedial jurisdiction to correct the verdict exists. If the “discharge” rule in *Head* is to be varied, it would make no sense to

et le juge du procès est dessaisi de l’affaire. Dans le cas contraire, le juge dispose d’un pouvoir exceptionnel et limité l’autorisant à réunir de nouveau le jury pour enquêter sur l’erreur alléguée.

C. *La nature de l’enquête et ses limites*

Si le juge du procès estime qu’il ne s’agit pas d’une erreur obligeant le jury à réexaminer son verdict, il dispose du pouvoir exceptionnel de rappeler le jury pour tenir une enquête. Toutefois, il reste à décider si le juge du procès a un pouvoir de réparation l’autorisant à modifier le verdict inscrit initialement. Dans certains cas, même si l’erreur n’est pas telle que le jury doive réexaminer son verdict, il peut être tout simplement trop tard pour modifier celui-ci. Où se situe donc la ligne de démarcation au-delà de laquelle le verdict ne peut plus être modifié? La nature de l’enquête menée après la libération du jury détermine l’emplacement de cette ligne.

Au sein des tribunaux qui autorisent la modification du verdict après la libération du jury, la règle qu’on rencontre le plus fréquemment consiste à interdire la clarification et la correction du verdict dès lors que les jurés se sont dispersés. La façon dont le principe est énoncé dans la jurisprudence sur la question de la dispersion du jury varie, l’accent portant dans certains cas sur la question de savoir si les jurés [TRADUCTION] « ne sont plus en présence du tribunal et sous son autorité » et, dans d’autres, sur celle de savoir s’il y a eu « occasion de contact avec l’extérieur ou d’influence externe » : *Green, précité*, p. 609 et 612.

Certains tribunaux ont adopté une attitude rigide à l’égard de la dispersion et conclu que même la plus brève sortie hors de la salle d’audience élimine toute possibilité de modification du verdict : *Brandenburg, précité*; *People c. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (Mich. Ct. App. 1971). Dans l’arrêt *Green, précité*, par exemple, le jury a été rassemblé 58 secondes après sa libération, mais on a estimé qu’il était trop tard pour que le juge du procès puisse corriger le verdict. Cette façon de définir les circonstances dans lesquelles le tribunal dispose du pouvoir de réparation l’autorisant à corriger le verdict me semble trop étroite et trop rigide. S’il y a lieu de

56

57

58

replace that inflexible test with one of equal rigidity.

59

In addition, there may be circumstances where it would be inappropriate for the trial judge to correct the verdict, even though the jury has not yet dispersed or separated. For instance, a discharged jury which has not yet left the jury box could be influenced or tainted by the strong reactions of the accused or the public gallery to the initially announced verdict (see *Follen, supra*). Therefore, as other factors impinge on whether the recorded verdict should be corrected, it seems that dispersal cannot be the sole determinative test for the trial judge's remedial jurisdiction to correct the verdict.

60

The appropriate cutoff point beyond which the verdict cannot be corrected is found in the rationale underlying the "dispersal" case law. The reason for using dispersal as the outside limit is that once the jurors have dispersed, they are no longer functioning as a single, cohesive unit, and are exposed to outside contacts which may reasonably raise the apprehension of bias. The jury's dispersal is relevant only insofar as it establishes the presence or absence of the reasonable apprehension of bias. Logically, if the jurors have left the controlled courtroom environment, then the more time that has passed between the announcement of the verdict and the reconvening of the jury, the more convincing the argument becomes for establishing a reasonable apprehension of bias. Similarly, "reasonable apprehension of bias" is the test used by trial judges in deciding whether to discharge a juror (s. 644(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; *R. v. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349), and in determining whether there has been improper contact between a sequestered jury and the outside world (s. 647(1) and (2) of the *Criminal Code*; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. x). In my opinion, if the dominant consideration driving the "dispersal" case law, the law on sequestering and the law on the discharge of jurors is the fear of a tainted or biased jury, or the appearance of unfairness, then

modifier la règle relative à la « dispersion » énoncée dans l'arrêt *Head*, il serait absurde de remplacer ce critère inflexible par un autre tout aussi rigide.

Il peut en outre se présenter des circonstances où il ne conviendrait pas que le juge du procès corrige le verdict, bien que le jury ne soit pas encore dispersé. Par exemple, un jury qui vient d'être libéré mais n'a pas encore quitté le banc des jurés pourrait être influencé ou impressionné par les fortes réactions de l'accusé ou du public à l'annonce du verdict initial (voir *Follen*, précité). Par conséquent, comme d'autres facteurs influent sur la question de savoir s'il y a lieu de corriger le verdict qui a été inscrit, il semble que la dispersion du jury ne puisse constituer le seul critère déterminant de l'existence du pouvoir de réparation autorisant le tribunal à corriger le verdict après la libération du jury.

La ligne de démarcation appropriée au-delà de laquelle le verdict ne peut être corrigé, peut être dégagée de la justification invoquée dans la jurisprudence sur la « dispersion [du jury] ». La raison pour laquelle la dispersion sert de limite extérieure est qu'une fois qu'elle est survenue, les jurés n'agissent plus comme une entité distincte et cohésive, et qu'ils sont exposés à des contacts extérieurs susceptibles de faire naître une crainte raisonnable de partialité. La dispersion du jury n'est pertinente que dans la mesure où elle établit l'existence ou l'absence d'une crainte raisonnable de partialité. Logiquement, lorsque les jurés ont quitté l'environnement contrôlé de la salle d'audience, plus il s'est écoulé de temps entre l'annonce du verdict et la réunion du jury, plus l'argument prônant l'existence d'une crainte raisonnable de partialité devient convaincant. De même, la « crainte raisonnable de partialité » est le critère utilisé par les juges présidant les procès pour décider s'il y a lieu de libérer un juré (par. 644(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; *R. c. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349), et pour décider s'il y a eu communications non autorisées entre un juré séquestré et l'extérieur (par. 647(1) et (2) du *Code criminel*; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. x). À mon avis, si la considération principale à la base de la jurisprudence sur la « dispersion », du droit relatif à la séquestration

this driving consideration should form the relevant test for the trial judge's post-discharge jurisdiction to reconvene the jury and inquire into the alleged error.

The appropriate post-discharge inquiry into an alleged error is "reasonable apprehension of bias". In determining whether this apprehension exists, the trial judge should examine the circumstances of the individual case. This contextual approach has a basis in the English case of *Andrews, supra*, at p. 154:

[T]he judge has a discretion whether to allow the alteration [to the verdict] to be made. In exercising that discretion he will, it goes without saying, take into account all the circumstances of the case; in particular the important considerations will be the length of time which has elapsed between the original verdict and the moment when the jury express their wish to alter it, the probable reason for the initial mistake, the necessity to ensure that justice is done not only to the defendant but also to the prosecution. The fact that the defendant has been discharged from custody is one of the factors but is not necessarily fatal to the judge's discretion to alter the verdict to one of guilty.

As stated in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, the precise phrasing of the test is not crucial, if the substance is plain. It is interchangeably expressed as a "reasonable apprehension", "real likelihood" or "real danger" of bias, a "reasonable suspicion" of prejudice or taint, and so forth. Whatever the exact formulation of the test, the essence of the inquiry is the same; namely, the test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude": *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, *per de Grandpré J.*

The list of factors in *Andrews* does not purport to be exhaustive. All circumstances relevant to determining reasonable apprehension of bias in an individual case should be considered. By way

et de la libération des jurés est la crainte d'influence ou de partialité du jury ou l'apparence d'injustice, alors cette considération devrait constituer le critère pertinent pour l'application du pouvoir autorisant le juge du procès à réunir à nouveau le jury après sa libération et à enquêter sur l'erreur alléguée.

Le critère qu'il convient d'appliquer dans le cadre de l'enquête menée, après la libération du jury, sur l'erreur alléguée est celui de la « crainte raisonnable de partialité ». Afin de statuer sur l'existence d'une telle crainte, le juge du procès doit examiner les circonstances propres à l'affaire dont il est saisi. Cette approche contextuelle tire son fondement de l'arrêt anglais *Andrews*, précité, p. 154 :

[TRADUCTION] [L]e juge a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu de permettre la modification [du verdict]. Il va sans dire que, dans l'exercice de ce pouvoir, il tient compte de toutes les circonstances de l'affaire; particulièrement des importantes considérations que sont le laps de temps écoulé entre le verdict original et le moment où les jurés expriment leur intention de le modifier, la cause probable de l'erreur initiale et la nécessité de faire en sorte d'être juste non seulement envers le défendeur, mais aussi envers la poursuite. Le fait que le défendeur ait été relaxé ne constitue qu'un des facteurs et il n'est pas nécessairement fatal pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de changer le verdict et d'inscrire un verdict de culpabilité.

Comme il a été dit dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 11, la formulation précise du critère n'est pas cruciale, pourvu que sa teneur soit claire. On l'énonce au moyen des expressions interchangeables « crainte raisonnable », « réelle probabilité » ou « danger réel » de partialité, « soupçon raisonnable » de parti pris ou d'influence et autres expressions semblables. Quelle que soit la formulation exacte du critère, l'essence de l'examen ne change pas, il s'agit de se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » : *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré.

La liste des facteurs mentionnés dans l'arrêt *Andrews* ne se veut pas exhaustive. Toutes les circonstances pertinentes pour statuer sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité dans

of illustration, a trial judge may wish to consider whether the jury was exposed to an immediate and strong reaction to the recorded verdict by the public (as in *Follen, supra*) and/or the media.

63

Although the above-listed factors may be useful to take into account, I think that in many cases a significant element in establishing reasonable apprehension is dispersal. It is very important for the trial judge to examine the nature and extent of the jury's dispersal. How much dispersal has occurred? Did the jury merely step back into the jury room, which is not accessible to the public? Or did the jury leave the courthouse and enter public spaces? The trial judge should take care to examine the length of time during which the jury was separated, because obviously the jury's absence from the courtroom for a few seconds or minutes is often less indicative of a reasonable apprehension of bias, as compared to a more extended absence. If a jury has dispersed for a relatively lengthy period of time, such as several days, I would think that a trial judge would almost always conclude that this extensive degree of dispersal would raise a reasonable apprehension of bias. In my opinion, the evidence on dispersal will in many cases provide the most compelling evidence on which the reasonable apprehension of bias determination will turn. Dispersal may often be the linchpin of the reasonable apprehension of bias test.

64

Dispersal may in some cases be reparable but in the circumstances of this case, the wide media coverage and the public statements that it was "scary" that the judge could acquit the accused and then "change his mind", and that the process was "a joke" (*infra*, at para. 84) is some evidence that the legal process was unsatisfactory. The public confidence in the jury system would be diminished and undermined by these circumstances.

une affaire donnée doivent être examinées. À titre d'exemple, le juge du procès peut se demander si le jury a été exposé à des réactions vives et immédiates de la part du public (comme dans l'affaire *Follen*, précitée), des médias ou des deux à l'égard du verdict qui a été inscrit.

Bien qu'il puisse être utile de tenir compte des facteurs susmentionnés, je crois que, dans bon nombre de cas, la dispersion du jury est un élément important pour établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Il est très important que le juge du procès se penche sur la nature de la dispersion et sa durée. Quelle a été l'ampleur de la dispersion? Le jury est-il tout simplement retourné dans la salle des jurés, à laquelle le public n'a pas accès? Ou a-t-il plutôt quitté le palais de justice et est-il entré dans des lieux publics? Le juge du procès devrait prendre soin d'examiner la période pendant laquelle le jury a été dispersé, parce qu'il va de soi qu'une courte absence de quelques secondes ou de quelques minutes hors de la salle d'audience sera moins souvent le signe d'une crainte raisonnable de partialité qu'une absence plus prolongée. Lorsque le jury est resté dispersé pendant une période relativement longue, plusieurs jours par exemple, je pense que dans pratiquement tous les cas le juge du procès estimera qu'une dispersion aussi longue fait naître une crainte raisonnable de partialité. À mon avis, la preuve relative à la dispersion constituera dans de nombreuses affaires la preuve la plus déterminante quant à l'existence ou non d'une crainte raisonnable de partialité. La dispersion est souvent l'élément clé du critère de la crainte raisonnable de partialité.

La dispersion peut dans certains cas ne pas être fatale, mais, dans les circonstances de l'espèce, l'abondante couverture médiatique et les déclarations publiques disant qu'il était « alarmant » que le juge puisse acquitter l'accusé et ensuite « changer d'idée » et que le processus était une « farce » (*infra*, par. 84) constituent des éléments de preuve du caractère insatisfaisant du processus juridique. La confiance du public dans le système de procès devant jury ne manquerait pas d'être ébranlée par ces circonstances.

As the test is the reasonable apprehension of bias, the concern in determining whether there has been dispersal is not whether there has been the opportunity for momentary outside influence, but whether there is a reasonable apprehension of bias. Similar to judges, juries should be presumed to be impartial. There are numerous procedural safeguards designed to ensure the impartiality of jurors (*R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 714). Section 647(1) of the *Criminal Code* ensures that the jury remains sequestered, stating that the trial judge can permit the jury to separate only prior to entering deliberations and rendering the verdict. Section 647(4) contemplates a mistrial if this rule is violated. In addition, there are other safeguards, such as jury selection, the process that requires jurors to swear an oath to give a true verdict according to the evidence, and the judge's instructions in the form of his or her charge to the jury.

As a result, the presumption of impartiality should not be displaced by the slightest suspicion of outside influence. As an allegation of bias or outside contact calls into question the entire integrity of the jury and the overall administration of justice, the impartiality of the jury should only be impugned where on the evidence there is a reasonable apprehension of this bias. The same standard also applies to judges or administrative tribunals when there are allegations of bias: *S. (R.D.)*, *supra*, at paras. 109-15. Courts should be reluctant when presented with a whisper of bias to immediately conclude that the system ensuring impartial decisions has failed; consequently, we should not be quick to find a biased jury unless there is evidence to support a reasonable apprehension of the allegation.

Along those lines, the nature of the post-discharge inquiry into the alleged error does not require proof of actual bias of the jury. The test is “reasonable apprehension of bias”, not a “certainty of bias”. Not only are there practical concerns about the difficulty of ever being able to prove actual bias, but it is also unnecessary to say that it is important to maintain a

Comme le critère applicable est celui de la crainte raisonnable de partialité, la question fondamentale pour décider s'il y a eu dispersion n'est pas de savoir s'il y a eu ou non possibilité d'influence extérieure momentanée, mais plutôt s'il existe une crainte raisonnable de partialité. À l'instar des juges, les jurys doivent être présumés impartiaux. Il existe de nombreuses garanties procédurales visant à assurer l'impartialité des jurés (*R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714). Le paragraphe 647(1) du *Code criminel* permet de garder le jury séquestre, précisant que le juge du procès ne peut autoriser les membres du jury à se séparer qu'avant qu'il amorce ses délibérations et rende son verdict. Suivant le par. 647(4), l'inobservation de cette règle peut entraîner l'annulation du procès. Il existe en outre d'autres garanties tels le processus de sélection des jurés, le serment que ceux-ci doivent prêter indiquant qu'ils prononceront leur verdict à la lumière de la preuve et les directives du juge dans son exposé au jury.

Par conséquent, le moindre soupçon d'influence extérieure ne doit pas avoir pour effet écarter la présomption d'impartialité. Comme une allégation de partialité ou de contact avec l'extérieur compromet l'intégrité de tout le jury et l'administration de la justice dans son ensemble, l'impartialité du jury ne devrait être contestée que si des éléments de preuve révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. La même norme est appliquée en cas d'allégation de partialité visant des juges ou des tribunaux administratifs : *S. (R.D.)*, précité, par. 109-115. En cas de simple rumeur de partialité, les tribunaux devraient se montrer réticents à juger sur-le-champ qu'il y a eu défaillance du système visant à assurer des décisions impartiales. En conséquence, nous ne devrions pas être trop prompts à conclure à la partialité d'un jury sans éléments de preuve étayant une crainte raisonnable de l'existence d'une telle situation.

En ce sens, l'enquête menée après la libération du jury sur l'erreur alléguée n'exige pas, de par sa nature, qu'on apporte une preuve de partialité réelle du jury. Le critère consiste à établir une « crainte raisonnable de partialité » et non une « partialité certaine ». Cela s'explique non seulement par des raisons d'ordre pratique tenant à la difficulté de

65

66

67

high degree of public confidence in the integrity of the criminal justice system. Actual bias is not the appropriate test. Instead we should look again, albeit unimaginatively, to Lord Hewart's famous admonition that it "is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done": *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259.

prouver la partialité réelle, mais aussi, il va sans dire, par l'importance de maintenir un degré élevé de confiance du public dans l'intégrité du système de justice pénale. La partialité réelle ne constitue pas le critère approprié. Il convient plutôt, au risque de manquer d'originalité, de se rappeler la célèbre mise en garde de lord Hewart, savoir qu'il [TRADUCTION] « est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » : *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259.

68 In summary, the jurisprudence has shifted since *Head*. The general rule has been that after the jury in a criminal trial has been discharged, the trial judge is *functus officio* and lacks jurisdiction to reconvene the jury and inquire into the alleged error in the verdict.

En somme, la jurisprudence a évolué depuis l'arrêt *Head*. Suivant la règle générale, après la libération du jury dans un procès pénal, le juge du procès est dessaisi de l'affaire et n'a pas compétence pour réunir de nouveau le jury et enquêter sur l'erreur qui, allègue-t-on, entacherait le verdict.

69 However, an exception to the general rule exists where the error is one that does not require the jury to reconsider the verdict or continue its deliberations with a view to handing down additional verdicts; there the trial judge retains the limited jurisdiction to recall the jury and conduct a narrow inquiry into the alleged error. This type of error has sometimes been called "clerical", but given the mixed meanings of such phrases as "clerical error" or "accidental slip", the description is inadequate.

L'application de cette règle générale est toutefois assortie d'une exception, soit les cas où l'erreur en cause ne requiert pas que le jury réexamine son verdict ou poursuive ses délibérations en vue de rendre des verdicts supplémentaires. Dans une telle situation, le juge du procès conserve le pouvoir restreint de réunir de nouveau le jury et de mener une enquête limitée sur l'erreur alléguée. Les erreurs de ce type sont parfois qualifiées de « matérielles », mais étant donné les divers sens attribués aux expressions comme « erreur matérielle » ou « lapsus », une telle description n'est pas adéquate.

70 The first question that a trial judge must ask post-discharge is whether the error is one that requires reconsideration of the verdict. If it requires redeliberation of the verdict, there are no circumstances under which the judge will retain or otherwise possess jurisdiction to reconvene the jury and conduct an inquiry into the alleged error. The trial has concluded and the jury's function is finished. The jury is not then permitted to change its mind. If the error does not require the jury to reconsider its verdict, then the trial judge possesses jurisdiction to conduct an inquiry, the nature of the inquiry being whether the facts of the case disclose a reasonable apprehension of bias. In determining whether this apprehension is raised, the trial judge must consider all of

La première question que le juge du procès doit se poser après la libération du jury est de savoir s'il s'agit d'une erreur requérant le réexamen du verdict. Si l'erreur exige la reprise des délibérations, alors en aucun cas le juge ne conserve ni ne possède de quelque autre façon le pouvoir de réunir de nouveau le jury et d'enquêter sur l'erreur alléguée. Le procès est clos et le jury a complété sa tâche. Le jury n'est alors plus autorisé à changer d'opinion. Si l'erreur ne requiert pas que le jury réexamine son verdict, le juge du procès a alors compétence pour tenir une enquête, au cours de laquelle il doit se demander si les faits révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Pour statuer sur l'existence d'une telle crainte, le juge du procès doit tenir compte de

the relevant circumstances of the case, an important circumstance usually being the dispersal of the jury and its probable effect on the minds of reasonable members of the public. If the facts disclose a reasonable apprehension of bias, the trial judge's remedial jurisdiction is necessarily limited, such that the trial judge cannot alter the originally recorded verdict. The scope of the trial judge's remedial jurisdiction is discussed in detail in the next section.

D. Remedial Jurisdiction of the Trial Judge

As in some cases a trial judge may possess a residual jurisdiction to conduct an inquiry into the verdict post-discharge, it is logical that there exists a concomitant remedial jurisdiction. The question is the content of this remedial jurisdiction.

In my opinion, the trial judge is, as is frequently the case, in the best position to select the appropriate remedy based on the particular circumstances of the case. Having seen the trial through to the discharge of the jury, the trial judge is in a superior position *vis-à-vis* appellate courts to determine the probable reason for the error and to assess the resulting damage, if any. The trial judge should have the discretion to settle upon the proper remedy for the irregularity that occurred under his or her supervision.

The trial judge must of course be aware of the policies animating the general rule of "discharge is too late" and the rule permitting exceptional jurisdiction to inquire into certain errors. If the trial judge concludes that, in the circumstances, there exists a reasonable apprehension of bias, then he or she cannot correct the verdict because in order to reach that conclusion the trial judge has found that the jury has ceased to function as a single, cohesive unit, resulting in potential exposure to outside influence. To attempt to correct the verdict in the face of a reasonable apprehension or perception by the public that the system is biased or prejudiced is not allowed.

toutes les circonstances pertinentes de l'affaire, un facteur important étant généralement la dispersion du jury et son effet probable sur l'esprit de membres raisonnables du public. Si les faits révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, le pouvoir de réparation du juge du procès est nécessairement limité et ce dernier ne peut modifier le verdict qui a été inscrit initialement. L'étendue de ce pouvoir de réparation est examinée en détail dans la prochaine section.

D. Le pouvoir de réparation du juge du procès

Étant donné que, dans certains cas, le juge du procès dispose d'une compétence résiduelle l'habilitant à faire enquête sur le verdict après la libération du jury, il est logique qu'il possède un pourvoi de réparation correspondant. La question qui se pose est celle du contenu de ce pourvoi de réparation.

À mon avis, il arrive fréquemment que le juge du procès soit la personne la mieux placée pour choisir la solution appropriée eu égard aux circonstances particulières de l'espèce. Comme il a assisté à tout le procès, jusqu'à la libération du jury, il est en meilleure position que les tribunaux d'appel pour déterminer la cause probable de l'erreur et apprécier le préjudice qui a pu en résulter. Le juge du procès devrait disposer du pouvoir discrétionnaire d'arrêter la solution appropriée pour corriger l'irrégularité survenue dans le cours du procès qu'il présidait.

Le juge du procès doit naturellement bien connaître les considérations de politique générale à la base de la règle générale de l'« interdiction d'intervenir après la libération du jury » et de la règle autorisant l'exercice du pouvoir exceptionnel d'enquêter sur certaines erreurs. Si, dans les circonstances de l'affaire dont il est saisi, le juge du procès conclut à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, il ne peut dès lors corriger le verdict car, pour tirer cette conclusion, il lui a fallu constater que le jury avait cessé de fonctionner comme une entité distincte et cohésive, situation qui risquait d'exposer ses membres à des influences extérieures. Il est interdit de tenter de corriger le verdict s'il existe, dans le public, une crainte ou perception raisonnable que le système est entaché de partialité ou de parti pris.

71

72

73

74

However, a conclusion that there is a reasonable apprehension of bias does not mean that the verdict as originally announced must always stand. Where the trial judge has concluded that the apprehension is raised and, on these circumstances, the verdict cannot be corrected, the trial judge retains the remedial jurisdiction and has the discretion to declare a mistrial. There are broad common law powers to declare a mistrial. Mistrials have been ordered or considered as a potential solution in a range of situations: where a jury member is discharged (*R. v. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. x; and *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205 (C.A.), leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. vii); where inadmissible evidence is adduced during trial which might influence the jury (*R. v. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. xii); where there is inadmissible communication between a witness and a juror causing prejudice (*R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573 (Que. C.A.)); where disclosure is made immediately prior to or during the trial (*R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (Alta. C.A.); *R. v. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90 (Ont. C.A.)); and where the jury had already rendered a verdict but had not decided on the issue of mental disorder, making it impossible for the judge to enter the intended conviction without “taint” (*R. v. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL) (Gen. Div.)). The common theme running through this case law is the test of whether there is a [TRANSLATION] “real danger” of prejudice to the accused or danger of a miscarriage of justice: *Lessard, supra*, at p. 562 C.C.C.

75

In declaring a mistrial, the trial judge therefore turns his or her mind to the question of whether a mistrial is needed to prevent a miscarriage of justice. This determination will necessarily involve an examination of the surrounding circumstances. Injustice to the accused is of particular concern, given that the state with all its resources acts as the singular antagonist of the individual accused in a criminal case. This factor should be balanced against other relevant

Toutefois, le fait que le juge du procès conclue à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité ne signifie pas pour autant que le verdict annoncé initialement doive toujours être maintenu. Lorsque le juge estime qu'une telle crainte a pris naissance et que, dans les circonstances, le verdict ne peut être corrigé, il conserve néanmoins son pourvoi de réparation et il a le pouvoir discrétionnaire de prononcer la nullité du procès. Les juges disposent, en vertu de la common law, de vastes pouvoirs les autorisant à prononcer la nullité d'un procès. Cette réparation a été soit ordonnée soit envisagée comme solution potentielle dans un large éventail de situations : libération d'un juré (*R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. Lessard*, [1992] R.J.Q. 1205 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. vii); présentation, au cours du procès, d'éléments de preuve inadmissibles et susceptibles d'avoir influencé le jury (*R. c. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. xii); communication inadmissible préjudiciable entre un témoin et un juré (*R. c. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573 (C.A. Qué.)); communication d'éléments de preuve immédiatement avant ou pendant le procès (*R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (C.A. Alb.); *R. c. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Ont.)); verdict annoncé par le jury, mais sans décision sur la question du trouble mental, situation mettant le juge dans l'impossibilité d'inscrire le verdict de culpabilité arrêté sans qu'il y ait apparence d'« influence » (*R. c. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL) (Div. gén.)). Le dénominateur commun de toute cette jurisprudence est le critère exigeant que l'on détermine s'il y a « danger réel » de préjudice pour l'accusé ou risque d'erreur judiciaire : *Lessard*, précité, p. 1212.

Avant de prononcer la nullité du procès, le juge qui le préside doit par conséquent se demander si cette décision est nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire. Cette décision implique nécessairement l'examen des circonstances de l'affaire. Le risque d'injustice envers l'accusé est une préoccupation particulièrement importante étant donné que c'est l'État, appuyé par toutes ses ressources, qui agit comme adversaire singulier de l'accusé dans une

factors, such as the seriousness of the offence, protection of the public and bringing the guilty to justice. It may be fitting to allow the announced verdict to stand where the period the accused has been at liberty and under the mistaken impression that he or she had been acquitted has been lengthy, and where the charge is not so egregious as to bring the administration of justice into disrepute. As has already been stated, the trial judge is in the best position to assess the circumstances of each individual case and select the most appropriate remedy.

Where, however, the trial judge concludes that, on the facts, a reasonable apprehension of bias is not raised, then the trial judge can and should correct the error and register the proper verdict. It is difficult to think that a mistrial would be available in those circumstances. There is no need to declare a mistrial where the trial judge has retained jurisdiction, if the fear of the reasonable apprehension is not engaged. Declaring a mistrial may lead to a new trial. Given the time, cost and resources expended on new trials, where a trial judge has found no reasonable apprehension of bias, simply correcting the error is a more efficient and fair result, without any prejudice to the accused or the state.

In summary, where the trial judge concludes, post-discharge, that the facts raise a reasonable apprehension of bias, then the trial judge should declare a mistrial, if that is the necessary remedy to prevent a miscarriage of justice. In making that order, the trial judge considers the rights of the accused, the public, and the effect of not ordering a mistrial on the administration of justice. On the other hand, if a mistrial is not necessary to prevent a miscarriage of justice, then the trial judge should uphold the verdict as given at trial. Where, however, the trial judge concludes that there is no reasonable apprehension of bias, the trial judge must correct the error in the verdict; a mistrial is not available as a remedy.

affaire pénale. Ce facteur doit être mis en balance avec d'autres facteurs pertinents comme la gravité de l'infraction, la protection du public et la nécessité de traduire les coupables en justice. Il peut être approprié de maintenir le verdict qui a été annoncé lorsque la période pendant laquelle l'accusé est demeuré en liberté sous l'impression erronée d'avoir été acquitté a été longue, et lorsque l'accusation n'est pas sérieuse au point où l'administration de la justice serait susceptible d'être déconsidérée. Comme il a été indiqué précédemment, le juge du procès est celui qui est le mieux placé pour apprécier les circonstances particulières de l'affaire dont il est saisi et pour choisir la réparation qui convient le mieux.

En revanche, lorsque, à la lumière des faits, le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, il peut et doit corriger l'erreur et inscrire le verdict approprié. Il est difficile d'imaginer l'annulation du procès dans de telles circonstances. Il n'est pas nécessaire de prononcer la nullité du procès lorsque le juge qui l'a présidé a conservé sa compétence, si le risque de crainte raisonnable de partialité n'est pas un facteur. L'annulation du procès initial peut entraîner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu du temps, du coût et des ressources qu'exige la tenue d'un nouveau procès, lorsque le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, le simple fait de corriger l'erreur constitue une solution beaucoup plus juste et équitable, qui ne cause de préjudice ni à l'accusé ni à l'État.

En résumé, lorsque, après la libération du jury, le juge du procès estime que les faits font naître une crainte raisonnable de partialité, il doit prononcer la nullité du procès, si cette réparation s'impose pour prévenir une erreur judiciaire. Le juge du procès tient alors compte des droits de l'accusé et de ceux du public, ainsi que de l'effet qu'aurait sur l'administration de la justice la décision de ne pas prononcer la nullité du procès. À l'opposé, si l'annulation du procès n'est pas nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire, le juge du procès doit alors maintenir le verdict rendu au procès. Par ailleurs, lorsque le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, il doit corriger l'erreur entachant le verdict; en pareil cas, il n'y a pas ouverture à l'annulation du procès.

76

77

E. Application to this Appeal

78

Before commencing an analysis of the substance of the appeal, I observe, as an aside, that the method of polling prescribed in the court practice manual and used in this case was flawed. Polling the jury is an optional safeguard designed to ensure the true unanimity of the verdict. Merely asking the jurors to assent or dissent with “the verdict as announced” does not ensure that each juror actively confirms the verdict and the unanimity of the verdict. Where polling is requested, the procedure for polling should be for the court clerk to ask each juror to repeat the verdict that the foreman has announced, or for the court clerk to repeat the verdict to each juror and ask if he or she agrees.

79

Applying the principles outlined above to the facts of this case, the appeal should be allowed, and a new trial ordered. The general rule is that, post-discharge, a trial judge in a criminal matter is *functus officio* and does not have jurisdiction to conduct an inquiry into the alleged irregularity. However, the present case falls within the exception to the general rule. Namely, the error at issue in this case is one that, while necessitating the recall of the jury, does not involve the jury reconsidering its verdict. The alleged error in this case lay in the faulty transmission and recording of the verdict, rather than in the deliberations leading to the verdict. A residual jurisdiction to inquire into the irregularity exists where the error in question did not involve recalling the jury to continue or complete its deliberations.

80

As the error in this case is one that does not involve reconsideration or redeliberation of the verdict, the trial judge had post-discharge jurisdiction to conduct an inquiry into the alleged error. However, the trial judge did not conduct the proper inquiry. As I concluded above, the nature of the inquiry is directed to whether there is a reasonable apprehension of bias. The trial judge instead conducted an

E. Application au présent pourvoi

Avant d’amorcer l’analyse du fond du pourvoi, je tiens à souligner, en passant, que la méthode de vérification du verdict prescrite par le guide des pratiques de la cour et qui a été suivie en l’espèce était inadéquate. La vérification du verdict auprès de chaque membre du jury est une mesure de protection facultative qui permet de s’assurer de l’unanimité véritable du verdict. Le fait de se contenter de demander uniquement aux jurés s’ils sont d’accord ou non avec « le verdict tel qu’il a été annoncé » ne garantit pas que chaque juré confirme concrètement le verdict et l’unanimité de celui-ci. En cas de demande de vérification, voici la procédure qui devrait être utilisée : le greffier demande à chaque juré de répéter le verdict que le président du jury a annoncé ou il répète le verdict à chaque juré en lui demandant s’il est d’accord.

L’application des principes susmentionnés aux faits de la présente espèce amène à conclure qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Suivant la règle générale, après la libération du jury dans une instance pénale, le juge du procès est dessaisi de l’affaire et il n’a pas compétence pour enquêter sur l’irrégularité reprochée. Toutefois, la présente espèce relève de l’exception à cette règle générale. En effet, il s’agit d’une erreur qui, bien que nécessitant le rappel du jury, ne requiert pas que celui-ci réexamine son verdict. L’erreur invoquée en l’espèce découle de la communication et de l’inscription erronées du verdict plutôt que des délibérations ayant conduit au verdict. Il existe une compétence résiduelle permettant d’enquêter sur l’irrégularité lorsque l’erreur concernée n’exigeait pas le rappel du jury pour qu’il poursuive ou complète ses délibérations.

Comme nous sommes en présence, en l’espèce, d’une erreur n’exigeant pas le réexamen du verdict ou la reprise des délibérations, le juge du procès avait compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur l’erreur alléguée. Toutefois, il n’a pas mené la bonne enquête. Conformément à la conclusion que j’ai tirée plus tôt, l’enquête vise à déterminer s’il existe une crainte raisonnable de

actual bias test. Furthermore, an assessment of the relevant circumstances by applying the contextual analysis outlined above (at paras. 60-66) leads me to conclude that the apprehension of bias is raised in this case. In particular, the extent of the jury's dispersal provides the most compelling evidence establishing a reasonable apprehension of bias.

A careful analysis of the relevant circumstances of this case supports the conclusion that a reasonable apprehension of bias was raised. First, the length of time which elapsed between the delivery of the recorded verdict and the point at which the jury was reconvened was substantial. Although a court officer discovered the potential error soon after the delivery of the original verdict, the jury was not reassembled as a single entity until the next day. Second, the accused Burke was discharged from custody.

Third, and perhaps most telling, the nature and the scope of the jury's dispersal in this case was extensive. This was not a case where the jurors had momentarily separated, or where the jury had not strayed outside of or far from the courtroom, as in *Aylott, supra*, *Brandenburg, supra*, *Edwards, supra*, and *Webber, supra*. Instead, by the time the court had discovered the error, the entire jury had left the courtroom, and some had left the courthouse. The jurors were free until the next day to mingle with members of the public. Two jurors were found in the courthouse parking lot. The other ten had left the vicinity of the courthouse, and gone home or elsewhere. Only eight of these jurors were contacted directly, when the court officer telephoned them at home later that day. The whereabouts of two of the jurors that day remains unknown, because the court officer making the phone calls could not reach them. The jury was not together as a cohesive unit until the next day when, in the absence of the accused, they confirmed the guilty verdict. The combined circumstances indicate that the nature of the dispersal in this case was wide and uncontrolled. The relatively extensive degree of separation of the jurors in this case

partialité. Le juge du procès a plutôt appliqué le critère visant à déterminer s'il y avait eu partialité réelle. De plus, l'appréciation des circonstances pertinentes au moyen de l'analyse contextuelle décrite précédemment (par. 60-66) m'amène à conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité en l'espèce. Plus particulièrement, l'ampleur de la dispersion du jury constitue la preuve la plus convaincante de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité.

Une analyse attentive des circonstances pertinentes de la présente affaire appuie la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. Premièrement, il s'est écoulé un délai substantiel entre l'annonce du verdict inscrit et le moment où le jury a été réuni de nouveau. Bien qu'une fonctionnaire de la cour ait découvert l'erreur potentielle peu de temps après l'annonce du verdict original, le jury n'a été réuni à nouveau en tant qu'entité distincte que le lendemain. Deuxièmement, l'accusé Burke a été remis en liberté.

Troisièmement, fait peut-être le plus révélateur, la nature et la durée de la dispersion du jury en l'espèce étaient importantes. Il ne s'agit pas d'un cas où les jurés se sont momentanément séparés ou se trouvaient encore dans la salle d'audience ou à peu de distance de celle-ci, comme dans les affaires *Aylott*, *Brandenburg*, *Edwards* et *Webber*, précitées. Au contraire, lorsque le tribunal a découvert l'erreur, tous les jurés avaient déjà quitté la salle d'audience et certains avaient même quitté le palais de justice. Jusqu'au lendemain, les jurés ont pu se mêler librement au public. Deux jurés ont été rejoints dans le stationnement du palais de justice. Les dix autres avaient quitté les lieux pour se rendre à leur domicile ou ailleurs. Huit seulement de ces jurés ont été rejoints directement par téléphone par une fonctionnaire de la cour chez eux plus tard dans la journée. Les allées et venues de deux des jurés durant cette journée demeurent inconnues, car la fonctionnaire chargée des appels téléphoniques n'a pu les rejoindre. Le jury ne s'est rassemblé que le lendemain lorsque, en l'absence de l'accusé, ses membres ont confirmé le verdict de culpabilité. Il ressort de l'ensemble des circonstances que le jury était largement dispersé et n'était assujéti à aucune restriction. La

81

82

is evidence capable of establishing a reasonable apprehension of bias.

83

Other circumstances also shed light on the nature and extent of the jury's dispersal. Although the foreman confirmed the verdict at the first inquiry, the other juror found in the parking lot was not then questioned as to the intended verdict. He was simply told to return the next day. In addition, when the court officer called the jurors at their homes, she did not have a prepared response to the jurors' questions about why they were being asked to return to the courtroom the next day. She asked one of the jurors on the phone "off the record" what the verdict had been. During polling, one juror assented to the verdict although she later testified that she had not heard the verdict as announced. There is evidence that defence counsel had spoken with two of the jurors in the hallway after the jury was discharged. Two constables at the court had discussed the verdict with the foreman and another juror before escorting them back to the courthouse for the first inquiry.

84

Fourth, not only were the jurors exposed to the reaction of the public to the recorded verdict during the period when they were absent from the courtroom, but they would also have been exposed to the potentially prejudicial media coverage of this case which appeared before and after the temporary publication ban. The police issued a press release explaining what had occurred and citing the reason for the error. Two newspaper articles were also published, one dated the day of the second inquiry. This article was quite likely available that morning, before the jurors confirmed their intended verdict. Indeed there was a possibility that there were media reports of the incident the night prior to the September 19 inquiry. For instance, juror number one testified on September 19, that he had "information" that the incident "has already been leaked to the press this morning or last night". The second

dispersion relativement considérable des jurés en l'espèce est un élément de preuve permettant d'établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité.

D'autres circonstances jettent également de la lumière sur la nature et la durée de la dispersion du jury. Bien que le président du jury ait confirmé le verdict au cours de la première enquête, l'autre juré rejoint dans le stationnement n'a pas été interrogé à ce moment-là sur la nature du verdict qu'entendait rendre le jury. On lui a tout simplement dit de revenir le lendemain. En outre, lorsque la fonctionnaire a appelé les jurés chez eux, elle n'avait pas de réponse préétablie aux questions qu'ils lui posaient sur les raisons pour lesquelles on leur demandait de se présenter de nouveau à la salle d'audience le lendemain. Parlant au téléphone avec l'un des jurés, elle lui a demandé [TRADUCTION] « officieusement » quel avait été le verdict. Durant la procédure de vérification, une des jurés a confirmé le verdict, bien que, dans son témoignage ultérieur, elle a dit ne pas l'avoir bien entendu lorsqu'il a été annoncé. Il y a des éléments de preuve indiquant que l'avocat de la défense a parlé à deux des jurés dans le couloir après la libération du jury. Deux agents de police affectés à la cour ont discuté du verdict avec le président du jury et un autre juré avant de les escorter vers le palais de justice pour la première enquête.

Quatrièmement, non seulement les jurés ont-ils été exposés aux réactions du public à l'égard du verdict durant leur absence de la salle d'audience, mais ils ont également été exposés au traitement médiatique potentiellement préjudiciable réservé à cette affaire avant et après l'interdiction temporaire de publication. La police a diffusé un communiqué de presse expliquant ce qui s'était passé et donnant la cause de l'erreur. Deux articles de journaux ont également été publiés, l'un daté du jour de la deuxième enquête (et très vraisemblablement disponible ce matin-là, avant que les jurés ne confirment le verdict qu'ils entendaient rendre). D'ailleurs, il est même possible qu'on ait signalé l'événement dans les médias la veille de l'enquête du 19 septembre. Par exemple, ce jour-là le juré numéro un a témoigné que, selon des [TRADUCTION] « renseignements » qu'il possédait, l'événement « [avait] déjà

article was dated the day that the third and final inquiry began. The report described the joyous reaction of the accused to the verdict as announced, which he thought was “not guilty”, and also referred to “news reports” that the accused had “bolt[ed]” from the courtroom. The articles called the inquiries conducted by the trial judge “unprecedented” and quoted the defence counsel as saying that it is “scary” that the judge could acquit the accused and then “change his mind”. One article also quoted a police source calling the whole incident “a joke”.

While the trial judge concluded that there was no “air of reality” to the proposition that there was or may have been bias or taint, his conclusion was, with respect, incomplete and resulted in an error of law. The inquiry he conducted did not constitute a full and proper investigation of the reasonable apprehension of bias. It is true that all of the jurors testified that no one had said anything to them during their dispersal that influenced their testimony on the verdict. Two jurors testified that they had read and heard things in the media but that they were not influenced by them. One juror started to allude to something he had heard in the media but was prevented by the trial judge from completing his testimony on that point.

Although the jurors all testified that they had not been influenced by anything in the media or by any conversations with the public, their testimony, as elicited, is of little use. As previously stated, the relevant inquiry is not whether the jurors were actually biased, but whether there was a reasonable apprehension in the minds of right-thinking, properly informed members of the public that the jurors might have been biased or influenced. As has already been stated, in applying the reasonable apprehension of bias test, the trial judge should consider all factors that might lead to the apprehension of bias. Of necessity, the most significant considera-

été divulgué à la presse ce matin ou la veille ». Le second article portait la date du jour où la troisième et dernière enquête a débuté. Ce reportage décrivait la réaction de joie de l'accusé devant le verdict annoncé, qu'il croyait être [TRADUCTION] « non coupable », et il faisait état d'« informations » selon lesquelles l'accusé avait [TRADUCTION] « quitté précipitamment » la salle d'audience. Les articles qualifiaient de [TRADUCTION] « sans précédent » les enquêtes menées par le juge du procès et citaient l'avocat de la défense qui aurait déclaré qu'il était [TRADUCTION] « alarmant » que le juge puisse acquitter l'accusé et ensuite [TRADUCTION] « changer d'idée ». L'un des articles citait aussi une source policière qualifiant toute cette affaire de [TRADUCTION] « farce ».

Bien que le juge du procès ait conclu que la thèse voulant qu'il y ait eu ou pu y avoir partialité ou influence n'avait aucune [TRADUCTION] « vraisemblance », en toute déférence j'estime que sa conclusion était incomplète et qu'elle a entraîné une erreur de droit. Son enquête ne constituait pas une investigation adéquate et complète de la question de la crainte raisonnable de partialité. Il est vrai que tous les jurés ont déclaré que, pendant leur dispersion, personne ne leur avait dit quoi que ce soit qui ait influencé leur témoignage au sujet du verdict. Deux jurés ont déclaré avoir lu et entendu des choses dans les médias, mais ne pas avoir été influencés. Un juré a commencé à faire allusion à quelque chose qu'il avait entendu dans les médias, mais n'a pu compléter son témoignage sur ce point par suite d'une intervention du juge du procès.

Quoique les jurés aient tous déclaré ne pas avoir été influencés par quoi que ce soit qui ait été rapporté dans les médias ou par des conversations avec le public, le témoignage qu'ils ont donné en réponse aux questions qui leur ont été posées est peu utile. Comme il a été mentionné précédemment, la question pertinente n'est pas de savoir si les jurés ont réellement fait montre de partialité, mais plutôt si des membres du public sensés et bien renseignés pouvaient raisonnablement craindre que les jurés aient pu être partiaux ou influencés. Comme il a été dit plus tôt, lorsque le juge du procès applique le critère de la crainte raisonnable de partialité, il

85

86

tion will be the length of time that the jury has been dispersed. In order to maintain the confidence of the public in the important function of the jury, its verdict must be unanimous and bring finality to the trial.

87 While the trial judge is in most cases in the best position to assess the consequences of the length of dispersal and other relevant factors, he or she must be careful not to apply a subjective test. An example of the potential mischief created by the subjective test is where the recorded verdict is corrected weeks or months after the jury has been allowed to separate. In my opinion, the period of separation does not have to be very long before the public would grow uneasy about the efficacy of the jury system, and the apprehension of bias then arises.

88 I think the present appeal amply illustrates this point. The trial judge concluded that there was no apprehension of taint or bias. He did not consider the nature of the dispersal in this case. The jury had gone their separate ways in the large metropolitan areas of Toronto; they were potentially exposed to a great amount of media coverage. While it is true that each juror may correctly have believed they had not been influenced or tainted, the inquiry should not end there. The question the trial judge should have asked himself is not whether any juror felt tainted, but rather would a reasonably informed person conclude that in the period of dispersal spanning two days, the apprehension of bias could occur. Instead, the trial judge's question of "Did you read or hear anything that influenced you?" was essentially asking the jury member to come to their own conclusion about whether he or she was biased. A jury member faced with that question could have thought that although he had read the news reports and spoken with his neighbours about the case, he did not think that they had influenced him. Therefore, he would answer "no" to the question.

doit tenir compte de tous les facteurs susceptibles de faire naître une telle crainte. Par la force des choses, la considération la plus importante sera la durée de la période pendant laquelle le jury est resté dispersé. Pour que le public continue à avoir confiance dans le rôle important que jouent les jurys, il faut que les verdicts rendus par ceux-ci soient unanimes et mettent fin irrévocablement au procès.

Bien que, dans la plupart des cas, le juge du procès soit le mieux placé pour apprécier les conséquences de la durée de la dispersion du jury ainsi que les autres facteurs pertinents, il lui faut éviter d'appliquer un critère subjectif. Parmi les situations préjudiciables que peut entraîner un tel critère, mentionnons les cas où la correction du verdict aurait lieu des semaines, voire des mois après que le jury a été autorisé à se disperser. À mon avis, il n'est pas nécessaire que la période de dispersion soit bien longue pour susciter des inquiétudes au sein du public quant à l'efficacité de l'institution du jury, situation qui fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Je pense que la présente affaire illustre abondamment ce point. Le juge du procès a conclu à l'absence de crainte d'influence ou de partialité. Il ne s'est pas penché sur la nature de la dispersion en l'espèce. Or les membres du jury s'étaient tous dispersés dans la grande région métropolitaine de Toronto et ils ont été potentiellement exposés à une vaste couverture médiatique. Bien qu'il soit vrai que chaque juré ait à juste titre pu estimer ne pas avoir été influencé, l'enquête n'aurait pas dû s'arrêter là. La question que le juge du procès aurait dû se poser n'était pas de savoir si chacun des jurés estimait avoir été influencé, mais plutôt si une personne raisonnablement bien renseignée pouvait conclure qu'une crainte de partialité avait pu naître au cours des deux jours qu'a duré la dispersion. Au contraire, toutefois, en leur demandant « Avez-vous lu ou entendu quoi que ce soit qui vous a influencé? », le juge du procès demandait essentiellement à chaque juré de tirer sa propre conclusion quant à sa partialité ou son impartialité. Devant cette question, le juré a pu se dire que, bien qu'il ait lu des articles de journaux et discuté de l'affaire avec ses voisins, il n'avait pas été influencé par eux et, en conséquence, répondre « non » à la question.

In short, we do not know how many of the jurors actually spoke with people about the case, or how many of the jurors read or heard reactions or items in the news about the case, because the judge's style of questioning permitted the jurors to draw the conclusions themselves about whether they were influenced. The trial judge should not have left the jurors to perform internal evaluations on bias. Jurors do not know the legal test of reasonable apprehension of taint. A juror is not responsible for canvassing what he has heard or read in the media, and then conducting the legal inquiry of whether a reasonable person would conclude that there was bias. A juror is not in a position where he can detach himself and objectively conclude that he was not biased, even though he, the juror, adamantly and honestly believed that he himself was not biased. Rather, this legal test is something that the trial judge is responsible for applying, and failed to do in this case, because he focussed solely on whether the jurors were actually influenced, rather than on the correct question, which is whether a reasonable person would apprehend influence. The distinction is significant, for it demarcates the difference between an actual bias inquiry and a reasonable apprehension of bias inquiry. The reasonable apprehension of bias inquiry is much less forgiving, for justice must manifestly be perceived to have been done.

A preferable way to conduct the inquiry about reasonable apprehension of bias would have been for the trial judge to ask whether the juror read or heard anything in the media or spoke to anyone about the case, rather than whether they had read anything that had influenced them. This is desirable because it establishes the existence of any media coverage, and places the trial judge in a position to assess the credibility of the jurors regarding potential bias, rather than requiring the juror to do it for him- or herself. Indeed, in some cases the trial judge may not even need to ask the jurors themselves if they have read or heard anything in the media or spoken to anyone, if the press coverage of the case has been particularly prominent. As it stands in this case, although we know that at least two and possibly three jurors heard things in the media about

Bref, nous ne savons pas combien de jurés ont effectivement discuté de l'affaire avec d'autres personnes, ou ont lu ou entendu des réactions ou des reportages au sujet de l'affaire, car le style d'interrogatoire auquel le juge du procès les a soumis leur a permis de tirer leurs propres conclusions sur la question de savoir s'ils avaient été influencés. Le juge du procès n'aurait pas dû laisser les jurés s'interroger eux-mêmes sur la partialité. Ils ne sont pas familiers avec le critère juridique relatif à la crainte raisonnable d'influence. Il n'incombe pas à un juré de recenser ce qu'il a lu ou entendu dans les médias, puis de se demander si, en droit, une personne raisonnable conclurait qu'il y a eu partialité. Un juré n'est pas en mesure de se détacher de la situation et de juger objectivement qu'il n'a pas été partial, même s'il croit sincèrement et fermement ne pas l'avoir été. Au contraire, l'application du critère juridique est la responsabilité du juge du procès, qui a omis de le faire en l'espèce, parce qu'il s'est attaché uniquement à la question de savoir si les jurés avaient été réellement influencés, plutôt qu'à la bonne question, soit celle de savoir si une personne raisonnable craindrait qu'il y ait eu influence. La distinction est importante, car elle constitue la ligne de démarcation entre l'analyse relative à la partialité réelle et celle relative à la crainte raisonnable de partialité. La seconde est beaucoup plus stricte, car la justice doit manifestement être perçue comme ayant été rendue.

Il aurait été préférable que, dans son enquête sur la crainte raisonnable de partialité, le juge du procès demande d'abord aux jurés s'ils avaient lu ou entendu quoi que ce soit dans les médias à propos de l'affaire ou parlé de celle-ci avec quiconque, plutôt que s'ils avaient lu quoi que ce soit qui les avait influencés. Cette façon de faire est préférable parce qu'elle établit l'existence de toute couverture médiatique et permet au juge du procès d'apprécier la crédibilité des jurés eu égard au risque de partialité plutôt que d'exiger que chaque membre du jury fasse lui-même sa propre appréciation personnelle. De fait, dans certains cas où la couverture médiatique de l'événement aurait été particulièrement intense, le juge du procès pourrait même ne pas avoir à demander aux jurés s'ils ont lu ou entendu

the case, we do not know if any other jurors were exposed to reactions by the public and the media. Given the inflammatory nature of the news reporting, which at least a few of the jurors admitted to having read, and the fact that the jurors were separated for almost 24 hours and had the opportunity to mingle with the public, in my opinion, the evidence supports a finding of a reasonable apprehension of bias.

91

The error in this case is such that it was not a matter of the jury reconsidering its verdict or completing their deliberations. Therefore, the trial judge had post-discharge jurisdiction to reconvene the jury and conduct a limited inquiry into the alleged error. However, the trial judge in this case did not conduct the proper and relevant inquiry, namely whether there was a reasonable apprehension of bias. Given the combination of circumstances in this case, there is in my opinion no question that the facts, particularly the jury's extensive and extended dispersal, establish a reasonable apprehension of bias. As a result, the trial judge did not have remedial jurisdiction to correct the verdict. He was, therefore, in error when he changed the verdict and registered a conviction. The only two remedies available to the trial judge, given that the facts of this case disclosed a reasonable apprehension of bias, were to let the original acquittal stand, or to declare a mistrial.

92

The appropriate remedy in these circumstances would have been for the trial judge to use the broad common law power to declare a mistrial. A mistrial is necessary to prevent a miscarriage of justice. It is not an injustice to the accused in these circumstances to declare a mistrial and order a new trial. While the accused was discharged, he was notified of the error by his defence counsel the same day that he was mistakenly acquitted. The time of the notification will have some effect in the period he was at liberty. It is obvious that being notified immediately imposes minimal harm as opposed to being notified days or weeks later. The assessment of the effect of the time the accused was at liberty

quoi que ce soit dans les médias à propos de l'affaire ou parlé de celle-ci avec quiconque. En l'espèce, bien que nous sachions qu'au moins deux et peut-être trois jurés ont pris connaissance d'informations sur l'affaire dans les médias, nous ne savons pas si d'autres jurés ont été exposés aux réactions du public et des médias. Vu le caractère sensationnaliste des reportages, qu'au moins certains des jurés ont admis avoir lus, et vu le fait que les jurés ont été dispersés pendant près de 24 heures et ont eu l'occasion de se mêler au public, je suis d'avis que la preuve étaye la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, la nature de l'erreur est telle qu'il ne s'agissait pas d'un cas où le jury devait réexaminer son verdict ou compléter ses délibérations. En conséquence, le juge du procès avait, après la libération du jury, le pouvoir de réunir de nouveau celui-ci et de tenir une enquête limitée sur l'erreur alléguée. Toutefois, il n'a pas tenu l'enquête pertinente, c'est-à-dire qu'il ne s'est pas demandé s'il existait une crainte raisonnable de partialité. Vu l'ensemble des circonstances, il ne fait aucun doute selon moi que les faits — en particulier la longue et large dispersion du jury — établissent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. En conséquence, le juge du procès n'avait plus le pouvoir exceptionnel de corriger le verdict. Il a donc commis une erreur en modifiant le verdict et en inscrivant une déclaration de culpabilité. Deux solutions seulement s'offraient à lui : maintenir l'acquittal original ou prononcer l'annulation du procès.

La solution appropriée dans les circonstances aurait été d'exercer le large pouvoir d'annulation du procès que reconnaît la common law. Cette solution est nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire. Prononcer l'annulation du procès et ordonner la tenue d'un nouveau procès ne cause aucune injustice à l'accusé dans les circonstances. Bien que, en l'espèce, l'accusé ait été remis en liberté, il a été avisé de l'erreur par son avocat le jour même où il a été erronément acquitté. Le moment de la notification a un effet sur la période pendant laquelle un accusé est en liberté. Il est évident que le fait d'avoir été avisé immédiatement ne cause qu'un préjudice minimal par comparaison à une notification qui ne

is one more factor that should be left to the trial judge.

There is no doubt that the public would wonder what had happened to the administration of justice in this case. A verdict of not guilty had been announced, the accused was released, the jury discharged, and left to mingle with the community and wander the streets of one of Canada's largest metropolitan areas, where they were subject to media comments and questions from the curious. This uncertainty as to what had transpired continued on and off for two days. Then, inexplicably, to the public at least, there were three additional hearings, one of which was held in the absence of the accused. The most natural impression would be that something had gone wrong. This is an impression that should not be left with the public, as it would erode public faith in the jury and in the general propriety of criminal verdicts. The clumsy sequence of events in this case cannot help but result in confusion in the community, as well as skepticism about the efficacy of the jury system. The importance of the public's confidence in the Canadian jury system and in the administration of justice cannot be overstated. This public trust, respect and acceptance if eroded will be at great cost to the effective operation of the criminal justice system. Therefore, the acknowledgment of the errors in this case and the order for a new trial will hopefully assuage these concerns and go towards restoring public confidence in our jurisprudence and in the function of the jury in particular. The memory of recent miscarriages of justice suffered by David Milgaard, Donald Marshall and Guy Paul Morin, to name only three, have raised concerns about the efficacy of our system, where years after conviction and imprisonment of an accused, the convicted person has been cleared of the crime. A truncated proceeding such as that which occurred here will only heighten that concern.

surviendrait que des jours, voire des semaines plus tard. L'effet du temps pendant lequel l'accusé est resté en liberté est un autre facteur dont l'appréciation doit être laissée au juge du procès.

Il ne faisait aucun doute que le public allait se demander ce qui était arrivé à l'administration de la justice dans la présente affaire. Il y a eu annonce d'un verdict d'acquittement, l'accusé a été relâché, le jury a été libéré et ses membres se sont dispersés et ont pu se mêler à la population et parcourir les rues de la plus grande agglomération urbaine du Canada, où ils ont été exposés aux commentaires des médias et aux questions des curieux. Cette incertitude quant à ce qui s'était passé s'est manifestée, de façon intermittente, pendant deux jours. Puis, inexplicablement, pour le public à tout le moins, il y a eu trois audiences supplémentaires, dont une en l'absence de l'accusé. L'impression la plus naturelle est que quelque chose de malencontreux s'était produit. Il s'agit d'une impression qu'il ne faut pas laisser au public, car elle va miner sa confiance dans l'institution du jury et la légitimité générale des verdicts en matières pénales. La suite inhabituelle d'événements dans la présente affaire ne peut que semer la confusion au sein de la collectivité et faire naître le scepticisme quant à l'efficacité de l'institution du jury. On ne saurait trop souligner l'importance de la confiance du public dans l'institution du jury et dans l'administration de la justice. L'érosion du respect, de la confiance et de l'acceptation du public aurait des conséquences extrêmement néfastes sur le bon fonctionnement du système de justice pénale. Par conséquent, le fait de reconnaître les erreurs survenues en l'espèce et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès permettra, espérons-le, de dissiper ces inquiétudes et de rétablir la confiance du public dans les tribunaux et l'institution du jury en particulier. Le souvenir de récentes erreurs judiciaires dont ont été victimes David Milgaard, Donald Marshall et Guy Paul Morin, pour ne mentionner que ces trois cas, a soulevé des inquiétudes quant à l'efficacité de notre système, alors que, de nombreuses années après avoir été déclarées coupables et emprisonnées pour le crime dont les accusait, ces personnes en ont été innocentées. Une instance tronquée comme celle qui a eu lieu en l'espèce ne peut qu'accroître ces inquiétudes.

94 The appeal is allowed and a new trial is ordered.

Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

95 ARBOUR J. — The central issue in this appeal is whether a trial judge has jurisdiction to correct an error in the recording of a jury's verdict after the jury has been discharged. This involves, in turn, the preliminary question of whether the trial judge even has jurisdiction to inquire into the verdict to determine if it was correctly recorded. I agree with my colleague Major J. that jurisdiction to inquire into and correct an error exists. However, I find that this jurisdiction is based on the fact that in such a case the trial has not, contrary to appearances, been properly concluded.

LE JUGE ARBOUR — La principale question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le juge du procès a compétence, après la dispersion du jury, pour corriger une erreur survenue dans l'inscription du verdict rendu par celui-ci. Pour y répondre, il faut au préalable se demander si le juge du procès a même le pouvoir de faire enquête sur le verdict afin de déterminer s'il a été inscrit correctement. À l'instar de mon collègue le juge Major, je conclus à l'existence du pouvoir d'enquêter sur l'erreur et de la corriger. J'estime toutefois qu'il repose sur le fait que, en pareils cas, contrairement aux apparences, le procès n'a pas pris fin régulièrement.

96 The common law rule that after the discharge of the jury the trial judge lacks jurisdiction to alter a recorded verdict was enunciated by this Court in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684. McIntyre J., for the majority of the Court, held that the trial judge only had the power to make inquiries relating to the true nature of the verdict prior to the discharge of the jury. Once the jury was discharged, the court lacked jurisdiction to make any correction of the recorded verdict. The Court concluded that once the jury has been discharged, the trial court is *functus* (p. 694).

La règle de common law portant que le juge du procès n'a pas, après la libération du jury, compétence pour modifier le verdict qui a été inscrit a été énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a conclu que le juge du procès ne peut s'enquérir de la nature véritable du verdict qu'avant la libération du jury. Une fois celui-ci libéré, le tribunal n'a plus compétence pour apporter quelque correction que ce soit au verdict qui a été inscrit. La Cour a jugé que, après la libération du jury, le juge du procès est dessaisi de l'affaire (*functus*) (p. 694).

97 I agree with Major J. that *Head* cannot be distinguished from this appeal. I also agree that this is an appropriate case in which to re-examine the rule in *Head* and formulate a new rule that better accommodates the various interests and policy concerns at stake.

Je souscris à l'opinion du juge Major selon laquelle l'arrêt *Head* ne peut être distingué du présent pourvoi. Je reconnais également que la présente affaire constitue une occasion propice au réexamen de la règle énoncée dans *Head* et à la formulation d'une nouvelle règle permettant de tenir davantage compte des intérêts et questions de politique générale en jeu.

98 In *Head*, discharge was the point after which it was "too late" to alter or amend a recorded verdict because the Court was focussed on jurisdiction. Major J. does not address directly this jurisdictional concern that plagued the Court in *Head*. Rather, he identifies a rare residual jurisdiction remaining with a trial judge to conduct an inquiry into the jury's

Dans l'affaire *Head*, la libération du jury a été considérée comme le point à partir duquel il était « trop tard » pour modifier ou corriger le verdict inscrit parce que la Cour a abordé la question sous l'angle de la compétence. Le juge Major n'aborde pas directement cette question à laquelle se heurtait la Cour dans cette affaire. Il reconnaît plutôt

intended verdict and possibly correct an error post-discharge, provided it is not necessary for the jury to reconsider its verdict or deliberate further. This exceptional residual jurisdiction is to be exercised only when there is no reasonable apprehension of taint or bias of the jury.

In the normal course of a trial, jurors are sequestered once they begin their deliberations until they return a verdict: s. 647 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I believe that this case is best characterized within this context. The jury in this appeal communicated its intended verdict to the court. The court recorded a different verdict. It was brought to the trial judge's attention that an incorrect verdict might have been recorded. It is the duty of the trial judge to ensure that the court records the intended verdict of the jury upon its return from deliberations (*Head, supra*, at p. 688). A verdict other than the intended unanimous verdict of the jury is a nullity. If the trial judge has a reasonable concern that the verdict might be a nullity, the trial should resume as if the verdict had not been rendered. The trial judge should determine whether the recorded verdict was in fact null and void and if not, the verdict should stand. If the trial judge concludes that the recorded verdict was a nullity, he or she should set it aside and the trial should resume. In such a case, the provisions of s. 647 of the *Code* come into play and the question is whether a jury which should have remained sequestered has dispersed, and if so, what the consequences of dispersal ought to be. In these circumstances, I agree that the appropriate test is, as enunciated by Major J., "reasonable apprehension" of taint or bias. If the trial judge determines that there is no reasonable apprehension of bias, then there is no perceived threat to the impartiality of the jury and the jury is in the same position as it was in prior to the court recording the verdict.

une rare compétence résiduelle habilitant le juge du procès, après la libération du jury, à enquêter sur le verdict que ce dernier entendait rendre et possiblement à corriger une erreur qui serait survenue à cet égard, pourvu que le jury n'ait pas à réexaminer son verdict ou à poursuivre ses délibérations. Cette compétence résiduelle exceptionnelle ne peut être exercée qu'en l'absence de crainte raisonnable d'influence ou de partialité du jury.

Dans le cours normal d'un procès, la séquestration du jury commence dès que les jurés amorcent leurs délibérations et dure jusqu'à ce qu'ils rendent leur verdict : art. 647 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Je crois que la présente espèce est bien comprise dans ce contexte. Dans le présent pourvoi, le jury a communiqué au tribunal le verdict qu'il entendait rendre. Le tribunal a inscrit un verdict différent. Le juge du procès a été informé du fait qu'on avait peut-être inscrit le mauvais verdict. Il incombe au juge du procès de veiller à ce que le tribunal inscrive le verdict que le jury entend rendre au terme de ses délibérations (*Head*, précité, p. 688). Tout verdict autre que le verdict unanime rendu par le jury est frappé de nullité. Si le juge du procès craint raisonnablement que le verdict puisse être frappé de nullité, le procès doit se poursuivre comme si le verdict n'avait jamais été rendu. Le juge du procès doit déterminer si le verdict qui a été inscrit était effectivement frappé de nullité; dans le cas contraire, le verdict doit être maintenu. Si le juge du procès conclut à la nullité du verdict inscrit, il doit l'écarter et poursuivre le procès. En pareil cas, les dispositions de l'art. 647 du *Code* entrent en jeu et il faut se demander si le jury — qui aurait dû demeurer séquestré — s'est dispersé et, dans l'affirmative, déterminer quelles sont les conséquences de cette dispersion. Dans de telles circonstances, je suis moi aussi d'avis que le critère approprié est, comme l'a énoncé le juge Major, celui de la « crainte raisonnable » d'influence ou de partialité. Si le juge du procès estime qu'il n'y a pas crainte raisonnable de partialité, il y a alors absence de menace apparente à l'impartialité du jury, qui se retrouve dans la position où il était avant l'inscription du verdict par le tribunal.

100

Under this approach, I would conclude, contrary to Major J., that, if there is no reasonable apprehension of bias, the jury is free to continue deliberations if necessary. Assume, for example, that there is a trial on an indictment containing two counts of murder. The jury returns a verdict in count one and finds the accused not guilty. However, nothing is said by anyone about count two involving a different victim. Before the jury is discharged, it is clear that the trial judge may ask the jury whether they have a verdict on count two. If the jury indicates that they simply forgot to deliberate on count two, there is no impediment to sending them back to continue their deliberations on that count. I see no difference if the same scenario were to occur after the jury has been discharged but prior to the point in time at which there is a reasonable apprehension of bias or taint. In such a case, I would see no impediment, in principle, to asking the jury to resume deliberations on count two. In other words, the critical moment should be the point at which there is a reasonable apprehension of bias, as identified by my colleague, and not the jury's discharge.

101

When the trial judge finds that there has been a reasonable apprehension of bias, the situation is the same as if the jury had not remained properly sequestered pending the completion of its deliberations and the rendering of its verdict. In such a case, the trial judge's only option is to declare a mistrial and to order a new trial "on such terms as justice may require" (s. 647(4)(b) of the *Code*).

102

I concur with the conclusion of Major J. that, in this case, the extent of the jury's dispersal established a reasonable apprehension of bias and that the appropriate remedy is to order a new trial.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

Suivant cette approche, contrairement au juge Major, j'estime que, en l'absence de crainte raisonnable de partialité, le jury est libre de poursuivre au besoin ses délibérations. Supposons, par exemple, un procès où l'acte d'accusation reproche deux chefs de meurtre. Le jury rend un verdict d'acquiescement à l'égard du premier chef, mais personne ne dit rien au sujet du deuxième chef qui a trait à une autre victime. Avant la libération du jury, il est clair que le juge du procès peut demander aux jurés s'ils ont arrêté un verdict à propos du deuxième chef. S'ils disent avoir tout simplement oublié de délibérer sur le deuxième chef, rien n'empêche le juge du procès de les envoyer poursuivre leurs délibérations à cet égard. Il n'y aurait à mes yeux aucune différence si ce scénario se déroulait après la libération du jury mais avant que soit née une crainte raisonnable de partialité ou d'influence. Dans un tel cas, en principe, rien n'empêche selon moi le juge de demander au jury de reprendre ses délibérations sur le deuxième chef d'accusation. En d'autres termes, le moment crucial est celui où naît une crainte raisonnable de partialité, comme l'a précisé mon collègue, et non le moment de la libération du jury.

Lorsque le juge du procès conclut à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, la situation est identique à celle où le jury n'est pas demeuré dûment séquestre du début de ses délibérations jusqu'au prononcé du verdict. Lorsque cela se produit, le juge du procès n'a d'autre choix que de prononcer la nullité du procès et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès « aux conditions que la justice peut exiger » (al. 647(4)b) du *Code*).

Je souscris à la conclusion du juge Major selon laquelle l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a en l'espèce été établie en raison de la durée de la dispersion du jury, et que la réparation qui convient consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, le juge en chef McLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

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