

A. Irvine Barrow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. BARROW

File No.: 19086.

1987: March 25, 26; 1987: December 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Juries — Empanelling — Procedure — Members of jury array queried following arraignment and plea to determine if they should be excused because of connection to the case or partiality due to pre-trial publicity — Screening conducted privately between judge and juror in open court but accused and counsel unable to hear — Accused permitted to challenge for cause the remaining jurors — Whether or not procedure improper — If so, whether or not appellant's trial vitiated so that appeal from conviction should be allowed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii) — Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(2).

Criminal law — Conspiracy to gain contributions for governing party through influence peddling — Whether or not political party a "person" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d).

Criminal law — Evidence of conspiracy — Hearsay rule and exception in cases of conspiracy — Whether or not judge's instructions correct.

Evidence — Good character evidence — Relevance to decision — Whether or not judge's instructions correct.

The judge, at the trial of appellant and two others for criminal conspiracy to raise funds for a political party then in power through their influence with the government, invited members of the jury panel to claim exemptions from jury service on grounds which included partiality as between the Crown and the accused. The claims of the individual claimants were considered in open court but out of the hearing of the accused and his counsel. Thirty-six exemptions were granted from the eighty-three member panel; the trial judge indicated

A. Irvine Barrow *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. BARROW

N° du greffe: 19086.

1987: 25, 26 mars; 1987: 17 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

c

Droit criminel — Jury — Formation du jury — Procédure — Interrogatoire de membres du tableau des jurés après l'interpellation et le plaidoyer en vue de décider de l'opportunité de les libérer pour cause de liens avec l'affaire ou de partialité due à la publicité ayant précédé le procès — Sélection effectuée privément

d

entre le juge et le juré, dans la salle d'audience mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre — Accusé autorisé à demander la récusation motivée des jurés restants — La procédure est-elle irrégulière? — Dans l'affirmative, le procès de l'appelant est-il entaché de nullité de sorte que le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité devrait être accueilli? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 110(1)d, 423(1)d, 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600,

e

613(1)b(iii), — Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(2).

f

Droit criminel — Complot pour obtenir des contributions au profit du parti au pouvoir en recourant à un trafic d'influence — Un parti politique est-il une «personne»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)d.

g

Droit criminel — Preuve d'un complot — Règle du oui-dire et exception dans les cas de complot — Les directives du juge étaient-elles appropriées?

h

Preuve — Preuve de bonne moralité — Pertinence — Les directives du juge étaient-elles appropriées?

Le juge, au procès de l'appelant inculpé, comme ses deux coaccusés, de complot criminel pour recueillir des fonds pour le parti politique au pouvoir, grâce à leur influence auprès du gouvernement, a invité les membres du tableau des jurés à demander des dispenses afin de ne pas avoir à exercer la fonction de jurés, notamment pour cause de partialité envers le ministère public ou l'accusé. Les demandes de dispense individuelles ont été examinées à l'audience, mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre ce qui se disait. Des quatre-vingt-trois

that some question existed as to the impartiality of at least four jurors. The jury, selected from the remaining panel, found the accused guilty. The Appeal Division dismissed his appeal from conviction.

The grounds of appeal raised here were: (1) whether or not the Appeal Division erred in holding that the trial judge's examination under oath of members of the jury panel in the absence of the appellant and his counsel did not vitiate the appellant's trial; (2) whether or not the Appeal Division erred in holding that the political party was a "person" within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*; (3) whether or not the trial judge's instructions to the jury referable to the co-conspirators' exception to the hearsay rule were correct; (4) whether or not miscarriage of justice has been occasioned as a result of the trial judge's failure to instruct the jury as to the use, in law, that could be made of evidence of appellant's good character.

Held (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and La Forest JJ.: Section 577 of the *Criminal Code* should be given an expansive reading; the words "whole of the trial" mean just that. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Criminal Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1). The exemptions granted by the trial judge here did not constitute an in-court extension of the pre-trial process contemplated in s. 577(1).

In jury selection, the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens but rather with the precautions necessary to ensure an impartial jury. The Nova Scotia *Juries Act* is consistent with this interpretation of the scope of the provincial power. The balance of the *Criminal Code*'s comprehensive scheme, which is designed to ensure as fair a jury as is possible and to ensure that the parties and the public at large are convinced of its impartiality, would be upset by an addition from another source. The province cannot give the judge any power to make decisions as to partiality and any judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors established by s. 569(2). Usurpation of this sort is so severe an error of law by the judge

membres du tableau, trente-six ont obtenu des dispenses; le juge de première instance a fait savoir que l'impartialité d'au moins quatre jurés pouvait être en cause. Le jury, formé à même le tableau restant, a reconnu l'accusé coupable. La Division d'appel a rejeté l'appel qu'il avait interjeté de la déclaration de culpabilité.

Voici les moyens invoqués en l'espèce: (1) la Division d'appel a-t-elle eu tort de juger que l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés auquel a procédé le juge de première instance en l'absence de l'appellant et de son avocat n'entachait pas de nullité le procès de l'appellant? (2) la Division d'appel a-t-elle eu tort de juger que le parti politique en cause était «une personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel*? (3) les directives du juge de première instance au jury, au sujet de l'exception à la règle du ouï-dire dans le cas des parties à un complot, étaient-elles appropriées? (4) une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'absence de directives du juge de première instance au jury sur l'usage qui, en droit, pouvait être fait de la preuve de bonne moralité de l'appellant?

Arrêt (les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Wilson et La Forest: L'article 577 du *Code criminel* devrait recevoir une interprétation large; les termes «pendant tout son procès» signifient cela justement. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code criminel* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1). Les dispenses accordées par le juge dans cette affaire ne constituaient pas un prolongement dans la salle d'audience de la procédure préparatoire au procès prévue par le par. 577(1).

Dans le cas de la sélection du jury, la compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour s'assurer de l'impartialité du jury. La *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est compatible avec cette interprétation de l'étendue de la compétence provinciale. L'équilibre du système complet établi par le *Code criminel* dans le but d'assurer qu'un jury sera aussi neutre que possible et de garantir que les parties et le public en général seront convaincus de son impartialité, serait perturbé par toute addition provenant d'une autre source. La province ne peut confier au juge le pouvoir de décider de la partialité ou de l'impartialité et tout juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la

that it mandates a new trial, even if no prejudice to the accused can be shown.

Both the accused and the public must perceive the proceedings to be fair; both would have difficulty seeing a private conference between judge and juror after the charges had been read and a plea entered as an administrative matter that did not affect the accused's right to a fair trial. The decision should not turn solely on the technical definition of when the trial began. Even if the excusal can be seen as a purely administrative act, the public expectation of the judicial role in these circumstances requires the judge to execute the administrative task judicially. The judge must allow counsel to participate and the public to know the reasons for the decision.

Sections 598, 599 and 600 do not apply here. The import of ss. 598 and 599 is that an irregularity of form which does not affect the substance of a trial cannot be used to challenge the result. These sections cannot cure doubts as to the impartiality of the jury and the appearance of justice. Section 569(2) requires all questions of partiality to be decided by the two jurors sworn for that purpose, and accordingly, s. 600 does not authorize the judge to perform this function.

All of the jurors excused on grounds of partiality cannot be assumed to be partial to the Crown. The grounds of partiality the trial judge used to exclude them were not known and could only be a matter of speculation. The trial judge's screening, too, could not be assumed to have helped the accused without impairing the ability to challenge for cause later. It is quite possible that jurors partial to the Crown or accused could have slipped through the screening process.

Per McIntyre and Le Dain JJ. (dissenting): The appellant was not present at the selection of panel members prior to jury selection in that neither he nor his counsel was permitted to hear the examination.

The examination of the panel members claiming exemption was not conducted "during" the trial. While anything that occurs in the course of the courtroom proceedings which could involve the accused's vital interests should constitute part of the trial, not every step in the long process leading to the ultimate verdict will be

fonction de juré établie par le par. 569(2). Une usurpation de ce genre constitue une erreur de droit si grave de la part du juge, qu'elle oblige à ordonner un nouveau procès, même s'il est impossible de démontrer l'existence d'un préjudice pour l'accusé.

L'accusé et le public doivent avoir l'impression que la procédure est équitable; ils verraient difficilement dans les échanges à voix basse du juge et d'un juré, après l'interpellation et l'inscription d'un plaidoyer, une question administrative qui n'influe pas sur le droit de l'accusé à un procès équitable. La décision ne saurait être fondée uniquement sur la définition technique du moment où commence le procès. Même si la libération d'un juré peut être perçue comme un acte purement administratif, les attentes du public en ce qui concerne la fonction judiciaire dans ces circonstances exigent que le juge exerce judiciairement cette tâche administrative. Le juge doit autoriser la participation des avocats et permettre au public de connaître les motifs de sa décision.

Les articles 598, 599 et 600 ne s'appliquent pas ici. Les articles 598 et 599 signifient qu'on ne peut avoir recours à un vice de forme qui n'a pas influé sur le fond du procès pour en contester le résultat. Ces articles ne remédient pas aux doutes soulevés quant à l'impartialité du jury ni quant à savoir si justice paraît avoir été rendue. En vertu du par. 569(2), toutes les questions de partialité doivent être tranchées par deux jurés assermentés à cette fin; par conséquent, l'art. 600 n'autorise pas le juge à exercer cette fonction.

Il ne peut être présumé que tous les jurés libérés pour cause de partialité étaient partiaux en faveur du ministère public. Les motifs de partialité pour lesquels le juge a exclu les jurés ne sont pas connus et ne peuvent que faire l'objet de conjectures. Il ne peut être présumé non plus que le tamisage par le juge a aidé l'accusé sans nuire à un exercice ultérieur du droit de récusation motivée. Il est fort possible que le processus de tamisage n'ait pas permis d'écarter certains jurés favorables au ministère public ou à l'accusé.

Les juge McIntyre et Le Dain (dissidents): L'appelant n'était pas présent à la sélection du tableau des membres en vue de la sélection du jury, puisque ni lui ni son avocat n'ont pu entendre ce qui se disait lors de l'interrogatoire.

L'interrogatoire des membres du tableau qui demandaient une dispense n'a pas eu lieu «pendant» le procès. Si tout événement survenu à l'audience qui est susceptible de mettre en cause les intérêts vitaux de l'accusé devrait faire partie intégrante du procès, ce ne sont pas toutes les étapes du long processus qui conduit ultime-

part of the trial for the purposes of s. 577. The accused's rights under s. 577 of the *Criminal Code* will be violated if the trial judge examines a juror for partiality in the absence of the accused after the jury has been empanelled. But, the situation is profoundly different if the trial judge examines jurors for partiality prior to the jury selection process under the *Code*.

There are two distinct steps involved in providing a jury to try an individual case. The first, which involves assembling the jury panel from which individual juries are to be selected, is governed by provincial law. The accused has no interest in the process, save the interest of any citizen in the due administration of the law. The second is governed by ss. 558 to 571 of the *Code* and involves the selection from the jury panel of a jury to try a particular case. The course taken by the trial judge was quite proper for his inquiry of panel members was part of the first step of the jury process and could not affect the vital interests of the accused touching on the question of guilt or innocence.

The word "person" in s. 110(1)(d) of the *Criminal Code* must be read in the light of s. 2 of the *Code*. The Nova Scotia Liberal Association clearly falls within the meaning of "society" found in that section and accordingly is a person for the purposes of s. 110(1)(d).

The evidence directly admissible against each of the three conspirators differed in some particulars. There was evidence upon which the jury could conclude that a conspiracy did exist and much of the evidence, as it would apply to each individual charged, would be hearsay. The hearsay exception was therefore available to the Crown if the jury, on a consideration of the evidence directly admissible against each individual, had reached a conclusion as to membership in the conspiracy in respect of each of the accused. The jury was properly instructed as to their duties in this respect.

Evidence of appellant's good reputation and character was clearly put before the jury and was emphasized and given fair treatment by the trial judge. While not directly stated by the trial judge, the jury must have been aware that they could consider the evidence as relevant to show that the appellant was not likely to have committed the crime with which he was charged. No miscarriage of justice occurred with respect to the charge as a whole because of what at best was a technical non-direction.

ment au verdict, qui font partie du procès aux fins de l'art. 577. Les droits que confère à l'accusé l'art. 577 du *Code criminel* seront violés si le juge de première instance interroge un juré afin de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé et après la formation du jury. Mais la situation est fort différente si le juge interroge des jurés afin de vérifier leur impartialité, avant la sélection du jury selon la procédure prévue par le *Code*.

La formation d'un jury chargé d'entendre une affaire donnée comporte deux étapes distinctes. La première étape, qui consiste à constituer le tableau à partir duquel sera sélectionné chaque juré, est régie par la loi provinciale. L'accusé n'a d'autre intérêt dans cette procédure que celui que tout citoyen a dans la bonne application de la loi. La seconde étape est régie par les art. 558 à 571 du *Code* et consiste à sélectionner, à même le tableau des jurés, un jury chargé d'entendre une affaire donnée. La ligne de conduite adoptée par le juge de première instance était tout à fait régulière, car son interrogatoire des membres du tableau faisait partie de la première étape du processus de formation du jury et n'avait pas d'incidence sur l'intérêt vital de l'accusé quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence.

Le terme «personne», à l'al. 110(1)d) du *Code criminel*, doit être interprété en fonction de l'art. 2 du *Code*. L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est clairement visée par le terme «société» que l'on trouve à cet article et, par conséquent, elle est une personne pour les fins de l'al. 110(1)d).

Les éléments directement admissibles contre chacune des trois parties au complot différaient à certains égards. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure qu'il y avait bien eu complot et une grande partie des éléments de preuve produits, en ce qui concerne chaque individu inculpé, était du oui-dire. Le ministère public pouvait donc se prévaloir de l'exception à la règle du oui-dire si le jury, après examen des éléments de preuve directement admissibles contre chaque individu, avait conclu, relativement à chaque accusé, qu'il était partie au complot. Le jury a reçu des directives appropriées quant à ses fonctions à cet égard.

Le jury a été clairement saisi de la preuve de la bonne réputation et moralité de l'appellant et le juge de première instance l'a soulignée et traitée équitablement. Bien que le juge de première instance ne l'ait pas affirmé directement, le jury doit avoir eu conscience qu'il lui était loisible de juger que cette preuve démontrait qu'il était peu vraisemblable que l'appellant ait commis le crime dont il était accusé. Il n'y a pas eu erreur judiciaire sur l'ensemble des directives par suite de ce qui, au mieux, n'était qu'une absence technique de directive.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Considered: *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, aff'g [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; **distinguished:** *R. v. Hubbert*, [1977] 2 S.C.R. 267, aff'g (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; **referred to:** *Guérin v. R.*, [1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1; *R. v. Stewart*, [1932] S.C.R. 612; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n, aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Lee Kun, [1916] 1 K.B. 337; *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, aff'g [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; *Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960; *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717; *R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d), 423(1)(d), 554, 558, 560(5), 567, 569(2), 572(1), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii), 618(1)(b).
Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(1), (2).

Authors Cited

Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1984), 65 N.S.R. (2d) 1, 147 A.P.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 470, dismissing an appeal from conviction by Burchell J. sitting with jury. Appeal allowed, (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting).

Austin M. Cooper, Q.C., and *Mark J. Sandler*, for the appellant.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts examinés: *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, conf. [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Hubbert*, [1977] 2 R.C.S. 267, conf. (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; **arrêts mentionnés:** *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1; *R. v. Stewart*, [1932] R.C.S. 612; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, conf. [1966] R.C.S. 399; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

R. v. Lee Kun, [1916] 1 K.B. 337; *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, conf. [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960; *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717; *R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)d, 423(1)d, 554, 558, 560(5), 567, 569(2), 572(1), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)b(iii), 618(1)b).
Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(1), (2).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14).

Doctrines citées

Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1984), 65 N.S.R. (2d) 1, 147 A.P.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 470, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Burchell siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents.

Austin M. Cooper, c.r., et *Mark J. Sandler*, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, and John D. Embree, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue in this appeal, and the only issue with which I intend to deal at length, is whether the examination under oath of the jury panel by the trial judge in the absence of the appellant and his counsel, respecting potential claims for exemption from jury duty, vitiated the appellant's trial.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I agree with his statement of the facts.

I

The Jury Selection

At the opening of the trial the appellant was arraigned before an assembled jury panel and entered a plea of not guilty on the charge before the court. The trial judge then, in the following terms, invited the members of the jury panel to claim exemptions on grounds which included potential partiality:

Members of the jury panel, you've just witnessed the procedure under which the two accused persons in this case, have been arraigned and you've heard the charge against them, and you've also heard their pleas of not guilty to the charge, in each case. Now, we will later this morning, be proceeding to select a Jury of twelve, who will try this case, which I may say, is the only case on the docket for which you have been called. It's usual at this time, however, to invite members of the jury panel to come forward and claim exemption if there's any circumstance, such as relationship to one of the accused, or other involvement with the case, that would prevent the Juror from serving impartially in the case. To that usual call for exemption claims, there are several matters I must add in this case. The first is, that there has been in the press and in the broadcast media considerable publicity about this case and I advise you that if exposure to that publicity in your opinion, would operate to prevent you from being impartial in this case, then you should come forward on that ground, as well as others I've mentioned and claim exemption, and the

Kenneth W. F. Fiske, et John D. Embree, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le principal point litigieux dans le présent pourvoi, et le seul que j'entends traiter à fond, est de savoir si l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés, auquel le juge de première instance a procédé en l'absence de l'appelant et de son avocat, concernant d'éventuelles demandes de dispense de siéger au jury, a entaché de nullité le procès de l'appelant.

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue, le juge McIntyre, et je souscris à son exposé des faits.

d

I

La formation du jury

À l'ouverture du procès, l'appelant a été interpellé devant les membres du tableau des jurés assignés et a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité relativement à l'accusation dont la cour était saisie. Le juge de première instance a alors, dans les termes suivants, invité les membres du tableau des jurés à demander une dispense, le cas échéant, notamment pour cause d'éventuelle partialité:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs du tableau des jurés, vous venez d'assister à la procédure d'interpellation, dans ce cas-ci, de deux accusés; vous avez entendu l'accusation portée contre eux et vous avez aussi entendu leur plaidoyer de non-culpabilité dans les deux cas. Bon, nous procéderons plus tard ce matin à la formation d'un jury de douze personnes qui auront à juger cette affaire qui, si je puis me permettre, constitue la seule au rôle pour laquelle vous avez été assignés. Toutefois, il est d'usage, à ce moment-ci, d'inviter les membres du tableau des jurés à s'avancer et à demander une dispense si, pour une raison ou une autre, comme par exemple l'existence d'un lien de parenté avec l'un des accusés ou quelque autre implication dans cette affaire, le juré ne peut exercer cette fonction avec impartialité. Aux demandes de dispense habituelles, je me dois d'ajouter plusieurs autres choses en l'espèce. En premier lieu, la presse tant écrite que parlée a donné une publicité considérable à cette affaire, aussi est-il de mon devoir de vous dire que si l'influence de cette publicité, à votre avis, est de nature à vous empêcher d'être impartial dans

other matter that I want to bring to your attention in inviting claims for exemption, is that it's anticipated that this case will last from four to six weeks and that, in some instances, may create special hardship and that can be a basis on which you may now claim exemption. So with those words of explanation I invite persons claiming exemption in this case, now to come forward. You will be sworn and I will consider the basis of your claim and deal with it. [Emphasis added.]

The judge then proceeded to swear the jurors and considered claims for exemption advanced by members of the jury panel in the courtroom but out of earshot of all counsel and the accused. Counsel for Senator Barrow made objection to the procedure in the following terms:

I have just one very respectful submission to make to your Lordship. I realize there may be some very personal claims for exemption that would be none of my business, and I wouldn't want to listen to it, but since your Lordship invited the members of the Jury who might feel that they couldn't be impartial by reason of publicity to claim exemption on that basis, if some claim for exemptions made on that basis, I am wondering whether, my Lord, that shouldn't be a claim that we should be able to listen to. I am in your Lordship's hands as to that. [Emphasis added.]

The judge advised counsel that he was prepared to note the grounds of exemption but declined to depart from the procedure adopted. As appears from the judgment of the Appeal Division, the judge considered claims for exemption on behalf of members of the jury panel and granted thirty-six exemptions. The jury panel had consisted of eighty-three members. After all exemptions had been granted, the panel had been reduced to forty-seven persons. The record does not state whether any exemptions were refused.

II

The Judgment of the Appeal Division

The decision of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, reported at (1984), 65

cette affaire, vous devriez, autant pour ce motif que pour les autres que je viens de mentionner, vous avancer et demander une dispense; et l'autre point sur lequel je veux attirer votre attention, en vous invitant à demander une dispense, est que l'on s'attend à ce que ce procès dure de quatre à six semaines et que, dans certains cas, cela puisse occasionner des difficultés particulières, ce qui peut être une raison de demander, maintenant, une dispense. Bien, c'est avec ces explications que j'invite maintenant ceux qui veulent demander une dispense à s'avancer. Vous allez prêter serment, puis je vais examiner le fondement de votre demande et statuer sur celle-ci. [Je souligne.]

Le juge a alors fait prêter serment aux jurés et examiné les demandes de dispense de certains membres du tableau des jurés, dans la salle d'audience mais sans que les avocats et l'accusé puissent entendre ce qui se disait. L'avocat du sénateur Barrow s'est opposé à la procédure dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je n'ai qu'une observation, très respectueuse, à faire votre Seigneurie. Je comprends qu'il puisse y avoir des demandes de dispense fort personnelles qu'il ne m'appartient pas de connaître, et je ne veux pas les entendre, mais puisque votre Seigneurie a invité les membres du jury qui pourraient se sentir incapables d'être impartiaux en raison de la publicité qui a entouré cette affaire, à demander une dispense, si certains devaient demander une dispense pour cette raison, je me demande si, votre Seigneurie, nous ne devrions pas être autorisés à les entendre. Je m'en remets à votre Seigneurie à cet égard. [Je souligne.]

Le juge a répondu à l'avocat qu'il était prêt à prendre note des causes de dispense, mais il a refusé de s'écarter de la procédure adoptée. Comme le montre l'arrêt de la Division d'appel, le juge, après examen des demandes de dispense des membres du tableau des jurés, a accordé trente-six dispenses. Le tableau des jurés était formé de quatre-vingt-trois membres. Une fois toutes les dispenses octroyées, le tableau s'est trouvé réduit à quarante-sept personnes. Le dossier ne dit pas si certaines dispenses ont été refusées.

II

L'arrêt de la Division d'appel

L'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, publié à (1984), 65

N.S.R. (2d) 1, referred to s. 577(1) of the *Criminal Code* which reads:

577. (1) Subject to subsection (2), an accused other than a corporation shall be present in court during the whole of his trial.

The Appeal Division was satisfied that neither Senator Barrow nor his counsel was able to hear the examination conducted by the trial judge and, in such circumstances, Senator Barrow was effectively deprived of his right and duty to be present. Being present included being able to hear the proceedings. The Appeal Division then turned to the question of whether Senator Barrow had been denied the right to be present during his trial. His counsel submitted that the trial commenced with arraignment and plea; the Crown submitted that at the time of the examination the jury of twelve had not been empanelled, the appellant had not been placed in charge of the jury, and the trial had not commenced.

The Appeal Division referred to several authorities and concluded that (i) a trial does not commence until after a plea is entered; (ii) the call for exemptions by the judge took place after plea and would therefore seem to be part of the trial proceedings, at least for the purposes of s. 577 of the *Code*; (iii) it has been the practice in Nova Scotia under s. 4(2) of the *Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, to exercise a wide discretion in granting exemptions from jury duty, "at least before arraignment". (Section 4(2) reads: "The judge presiding at a session or the Chief Justice may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of the person.")

The Appeal Division then noted that in this case the trial judge saw fit to examine the jurors out of earshot of all counsel and the accused and in following that process he indeed exempted thirty-six jurors. It said at p. 10:

N.S.R. (2d) 1, mentionne le par. 577(1) du *Code criminel* qui porte:

577. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un accusé, autre qu'une corporation, doit être présent en cour pendant tout son procès.

La Division d'appel était convaincue que ni le sénateur Barrow ni son avocat n'ont pu entendre l'interrogatoire auquel a procédé le juge de première instance et que, dans ces circonstances, il y avait effectivement atteinte au droit et au devoir du sénateur Barrow d'être présent. Être présent signifiait aussi pouvoir entendre ce qui se disait. La Division d'appel s'est alors demandée s'il y avait eu atteinte au droit du sénateur Barrow d'être présent à son procès. Son avocat a fait valoir que le procès commençait avec l'interpellation et le plaidoyer; le ministère public a soutenu qu'au moment de l'interrogatoire les douze jurés n'avaient pas encore été choisis pour former le jury, que le sort de l'appelant n'avait pas été confié au jury et que le procès n'avait pas commencé.

La Division d'appel, après avoir mentionné plusieurs précédents, a conclu (i) qu'un procès ne commence qu'après l'inscription d'un plaidoyer, (ii) que l'invitation par le juge à demander des dispenses a été faite après le plaidoyer et semblerait donc faire partie intégrante du procès, à tout le moins pour les fins de l'art. 577 du *Code*, (iii) qu'il est d'usage en Nouvelle-Écosse, en vertu du par. 4(2) de la *Juries Act*, S.N.S. 1969, chap. 12, d'exercer un large pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des dispenses de remplir la fonction de jury, [TRADUCTION] «à tout le moins avant l'interpellation». (Voici le texte du par. 4(2): [TRADUCTION] «Le juge qui préside une session ou le juge en chef peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte.»)

La Division d'appel a alors noté qu'en l'espèce le juge de première instance avait jugé bon d'interroger les jurés sans que les avocats et l'accusé puissent entendre ce qui se disait et que c'est en procédant ainsi qu'il avait accordé une dispense à trente-six jurés. Elle dit, à la p. 10:

If this matter had ended at this point we would have grave reservations as to the validity of the judge's actions.

The Appeal Division continued:

However, following this procedure defence counsel were then given the right to challenge all jurors for cause and all remaining jurors were challenged for cause and underwent a trial by two other jurors to determine their partiality. Consequently, the defence was given every opportunity to explore the question of impartiality with each juror. In these circumstances we cannot see how any possible prejudice could have been suffered by the appellant accused. Indeed his privileges were emphasized both by the court and by counsel. The judge eliminated any juror whom he thought had any semblance of partiality and the appellant accused was able subsequently to further screen the jury by way of challenge for cause to determine whether or not the jurors were impartial. In these circumstances and indeed even giving the liberal construction to the process with respect to s. 577 of the Code recommended by Dickson J. in *R. v. Basarabas*, supra, we have come to the conclusion that the vital interests of the appellant were never jeopardized and that there was no denial of any fundamental right. In our opinion the practice followed by the trial judge was eminently fair to the accused person. There was no error on the part of the trial judge in examining under oath the members of the jury panel with respect to claims for exemption that would vitiate the trial.

III

With the greatest of respect, I disagree with the reasoning of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. Like the Appeal Division, I have grave reservations about the propriety of the procedure followed by the trial judge. Unlike the Appeal Division, I do not think that the breach of the appellant's right to be present was cured by the later opportunity afforded the accused, pursuant to the *Criminal Code*, to challenge the remaining jurors for cause. An inquiry of that sort may be appropriate to decide whether, an error having been made, that error can be cured under s. 613(1)(b)(iii). It is not relevant to the determination of whether an error has occurred in the first place. I think there was an error, a breach of s. 577(1), and for reasons which I will make clear, I

[TRADUCTION] Si les choses en étaient restées là, nous aurions de sérieux doutes sur la validité des actes du juge.

a La Division d'appel poursuit:

[TRADUCTION] Toutefois, à la suite de cette procédure, les avocats de la défense ont pu exercer leur droit de récusation motivée à l'égard de tous les jurés, et tous les jurés qui restaient ont fait l'objet d'une récusation motivée, deux autres jurés ayant été chargés de déterminer s'ils étaient impartiaux. Par conséquent, la défense a eu toutes les chances voulues de vérifier l'impartialité de chaque juré. Dans ces circonstances, nous ne voyons pas quel préjudice aurait pu éventuellement subir l'accusé appellant. D'ailleurs, ses privilèges ont été soulignés tant par la cour que par ses avocats. Le juge a éliminé tout juré qui, selon lui, avait fait preuve du moindre semblant de partialité et l'accusé appellant a pu, par la suite, passer à nouveau le jury au crible de la récusation motivée, afin de déterminer l'impartialité des jurés. Dans ces circonstances, et même en donnant l'interprétation libérale au processus dont il est question à l'art. 577 du Code, que recommande le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Basarabas*, précité, nous en venons à la conclusion que les intérêts vitaux de l'appellant n'ont jamais été menacés et qu'il n'y a eu aucune dénégation d'un droit fondamental quelconque. À notre avis, la pratique suivie par le juge de première instance était parfaitement équitable envers l'accusé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible d'entacher de nullité le procès en interrogeant sous serment les membres du tableau des jurés sur les demandes de dispense.

III

g Avec toute la déférence qui s'impose, je ne saurais souscrire au raisonnement de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Comme elle, j'ai de sérieux doutes sur la justesse de la procédure suivie par le juge de première instance. Mais, contrairement à la Division d'appel, je ne pense pas qu'on a remédié à la violation du droit de l'appellant d'être présent en lui donnant par la suite, conformément au *Code criminel*, la possibilité d'exercer son droit de récusation motivée des jurés restants. Ce genre de démarche peut être approprié pour décider si une erreur commise peut être réparée en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii). Cela n'est d'aucune utilité pour décider si, au départ, il y a eu erreur. Je pense qu'il y a eu erreur, soit une violation du par. 577(1), et

do not think that the error can be cured by s. 613(1)(b)(iii).

1. *Section 577 of the Criminal Code*

The appellant submits that s. 577(1) of the *Criminal Code* not only entitles, but requires, an accused to be "present" at his trial for a criminal offence. The right and duty to be present is fundamental. It is further submitted that the examination of members of the jury panel under oath was part of the "trial" for the purposes of s. 577(1) and that the inability of the accused and his counsel to hear the exchanges between the judge and the panel members claiming exemption effectively ensured that the accused was not "present" for that part of his trial. It is therefore necessary to consider whether the trial of the accused had begun at the time the judge examined the jurors.

Basarabas and Spek v. The Queen, [1982] 2 S.C.R. 730, raised a similar question: when does a trial before a jury begin for the purposes of s. 573 of the *Code*? That section permits a judge to discharge a juror where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act. At the trial of the two appellants in that case a juror was discharged pursuant to s. 573 after the jury had been empanelled but before the accused had been put in charge of the jury and before any evidence had been called. The Crown contended that the juror was discharged "in the course of" the trial. The accused said that a jury trial did not commence at least until the time at which the accused was put in charge of the jury. This Court held unanimously that (i) the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied; (ii) subject to s. 573, an accused in a criminal jury trial is entitled to be tried by twelve jurors and is entitled to the unanimous verdict of twelve jurors unless and until "in the course of a trial" the judge is satisfied that a juror should not continue to act; (iii) in so far as s. 573 deprived an accused of his common law right to the unanimous verdict of twelve persons, it

pour les motifs que je vais expliquer, je ne pense pas que cette erreur puisse être réparée par le sous-al. 613(1)(b)(iii).

a 1. *L'article 577 du Code criminel*

L'appelant soutient que le par. 577(1) du *Code criminel* ne fait pas que permettre, mais il exige aussi que l'accusé soit «présent» au procès qu'il subit relativement à une infraction criminelle. Le droit et le devoir d'être présent sont fondamentaux. On soutient, en outre, que l'interrogatoire sous serment des membres du tableau des jurés faisait partie intégrante du «procès» pour les fins du par. 577(1), et que l'impossibilité pour l'accusé et son avocat d'entendre les propos échangés entre le juge et les membres du tableau qui demandaient une dispense a vraiment fait que l'accusé n'était pas «présent» pendant cette partie de son procès. Il est donc nécessaire d'examiner si le procès de l'accusé était commencé au moment où le juge a interrogé les jurés.

L'affaire *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730, soulevait une question semblable: quand un procès devant jury commence-t-il pour les fins de l'art. 573 du *Code*? Cet article autorise un juge à libérer un juré lorsque, au cours du procès, il est convaincu que le juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger. Au procès des deux appelantes dans cette affaire, un juré avait été libéré conformément à l'art. 573 après que le jury eut été constitué, mais avant que le sort des accusées ne lui ait été confié et que la présentation d'éléments de preuve ait commencé. Le ministère public a soutenu que le juré avait été libéré «au cours» du procès. Les accusées ont allégué qu'un procès devant jury ne commence que lorsque le sort d'un accusé est confié au jury. Cette Cour a jugé à l'unanimité que: (i) le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique; (ii) sous réserve de l'art. 573, l'accusé dans un procès criminel devant jury a le droit d'être jugé par douze jurés et a aussi droit à un verdict unanime des douze jurés, à moins qu'«au cours d'un procès» le juge ne soit convaincu qu'un juré ne devrait pas continuer à siéger; (iii) dans la mesure où l'art. 573 prive l'accusé du droit

should be narrowly construed; (iv) the words "continue to act" in s. 573 suggested that the jury had been acting *qua* jury before the discharge of the juror. In the result, and in the context of s. 573 of the *Code*, the Court held that the weight of authority supported the position that a jury trial commenced when the accused had been placed in charge of the jury.

In the course of the *Basarabas* judgment, however, reference was made to the section of the *Code* in issue in the present appeal. After noting that the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied, the Court continued, at p. 740:

Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

The reason for varying starting points is that different sections of the *Code* protect different interests. Section 573 allows the judge to remove a juror who for some reason is unable to continue, but the removal of a juror is a very serious matter. An accused has the right to be tried by twelve jurors (ss. 560(5) and 572(1)) and every effort must be made to avoid a jury of less than twelve members. If the jury has heard no evidence, as in *Basarabas*, then a juror can be replaced and s. 573 should not be used. "Trial" there refers to the heart of the trial, the presentation of evidence before the trier of fact. Section 577, however, protects different interests and in my opinion should be given an expansive reading. The words "whole of the trial" mean just that, the whole of the trial.

au verdict unanime de douze personnes, que lui accorde la *common law*, il doit être interprété restrictivement; (iv) les termes «continuer à siéger» de l'art. 573 laissent entendre que le jury agissait déjà à titre de jury avant la libération du juré. Finalement, et dans le contexte de l'art. 573 du *Code*, la Cour a jugé que la jurisprudence dominante appuyait le point de vue selon lequel un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé est confié au jury.

Toutefois, dans l'arrêt *Basarabas*, on mentionne l'article du *Code* qui est en cause dans le présent pourvoi. Après avoir fait observer que le moment où débute un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique, la Cour poursuit, à la p. 740:

Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui s'applique.

La raison pour laquelle le moment où débute le procès peut varier est que différents articles du *Code* protègent des intérêts différents. L'article 573 permet au juge de destituer un juré qui, pour une raison quelconque, est incapable de continuer à siéger, mais la destitution d'un juré est une affaire fort sérieuse. L'accusé a le droit d'être jugé par douze jurés (par. 560(5) et 572(1)), aussi tout doit être fait pour éviter de se retrouver avec un jury de moins de douze membres. Si le jury n'a été saisi d'aucune preuve, comme c'était le cas dans l'affaire *Basarabas*, il est possible de remplacer un juré et on ne devrait pas avoir recours à l'art. 573. Le terme «procès» qu'on y trouve vise le cœur du procès, la présentation de la preuve devant le juge des faits. Cependant, l'art. 577 protège des intérêts différents et, à mon avis, devrait recevoir une interprétation large. L'expression «pendant tout son procès» signifie cela justement, l'ensemble du procès.

In my view the examination of prospective jurors by the trial judge, relating in part to their impartiality and following arraignment and plea, formed part of the trial for the purposes of s. 577. This conclusion is supported by several cases which have emphasized the centrality of an impartial jury to a fair trial.

In *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x, one of the questions raised was whether a judge's examination in chambers of two jurors concerning anonymous phone calls, and with only counsel present, breached the right of the accused to be present and thus vitiated the trial. Martin J.A. delivered the judgment of the Court of Appeal and adverted to the "fundamental principle" of the criminal law that a person charged with an indictable offence is entitled, indeed required, by s. 577 to be personally present at his trial. For the purpose of this principle "trial" means the entire proceedings, including sentence. Martin J.A. continued, at p. 527:

Generally speaking, the trial of an accused does not commence until after plea: see *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258 at p. 268. However, "trial" for the purpose of the principle that an accused is entitled to be present at his trial clearly includes proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty. [Emphasis added.]

The following two passages are also relevant, at p. 537:

The essential reason the accused is entitled to be present at his trial is that he may hear the case made out against him and, having heard it, have the opportunity of answering it: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. The right of the accused to be present at his trial,

À mon avis, l'interrogatoire des jurés éventuels sur leur impartialité notamment, auquel le juge de première instance a procédé après l'interpellation et le plaidoyer, faisait partie intégrante du procès pour les fins de l'art. 577. Cette conclusion s'appuie sur plusieurs décisions qui ont souligné l'importance primordiale d'un jury impartial pour qu'il y ait procès équitable.

Dans l'arrêt *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x, l'une des questions soulevées était de savoir si l'interrogatoire de deux jurés auquel un juge avait procédé dans son cabinet au sujet d'appels téléphoniques anonymes, en présence des seuls avocats, violait le droit des accusés d'être présents à leur procès et avait donc pour effet d'entacher de nullité ce procès. Le juge Martin, auteur de l'arrêt de la Cour d'appel, parle du [TRADUCTION] «principe fondamental» du droit criminel portant que la personne inculpée d'un acte criminel a le droit, et même le devoir, en vertu de l'art. 577, d'être personnellement présente à son procès. Aux fins de ce principe, le terme «procès» s'entend de l'ensemble de l'instance, y compris le prononcé de la sentence. Le juge Martin poursuit, à la p. 527:

[TRADUCTION] En règle générale, le procès d'un accusé ne commence qu'après le plaidoyer: voir *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258, à la p. 268. Toutefois, le terme «procès», aux fins du principe selon lequel un accusé a le droit d'être présent à son procès, inclut manifestement les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir-dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable. [Je souligne.]

Les deux passages suivants, que l'on trouve à la p. 537, sont aussi pertinents:

[TRADUCTION] La raison essentielle pour laquelle l'accusé a le droit d'être présent à son procès est de lui permettre d'entendre la preuve qui pèse contre lui, et, après l'avoir entendue, d'avoir la possibilité d'y répondre: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. Le droit

however, also gives effect to another principle. Fairness and openness are fundamental values in our criminal justice system. The presence of the accused at all stages of his trial affords him the opportunity of acquiring first-hand knowledge of the proceedings leading to the eventual result of the trial. The denial of that opportunity to an accused may well leave him with a justifiable sense of injustice. Indeed, in my view, an examination of the Canadian decisions shows that the latter principle is, in fact, the implicit and overriding principle underlying those decisions.

... the characterization of a proceeding as a part of the trial in relation to the accused's right to be present at the proceeding would seem to depend upon whether his exclusion from the proceeding violates his right to be present so that at all times he may have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests.

In the result the Court of Appeal held that the appellants were entitled to be present to hear from the jurors' own lips whether they were affected by those telephone calls and whether the calls prevented them from continuing to discharge their duties as jurors. This conclusion, Martin J.A. said, is consistent in principle with the Canadian decisions, the course followed in the two Australian decisions mentioned by him in the course of his judgment and the weight of judicial opinion in the United States. Martin J.A. found this persuasive, although he added at pp. 539-40 that "the force of that [American] opinion is somewhat diminished by the fact that the American courts frequently apply the 'harmless error rule' where the right of a defendant to be present at all stages of his trial has been infringed. By contrast, s. 577 and the jurisprudence surrounding it precludes the application of any such rule in Canada".

In *Hertrich*, Martin J.A. conducted an admirable survey of the American case law on this subject and concluded that in that country as well the accused has a right to be present during any examination of a juror as to his or her impartiality. A distinction is drawn in the United States, how-

de l'accusé d'être présent à son procès, toutefois, fait aussi entrer en jeu un autre principe. L'équité et la transparence sont des valeurs fondamentales de notre justice criminelle. La présence de l'accusé à tous les stades de son procès lui donne la possibilité de prendre directement connaissance de la procédure conduisant au résultat éventuel du procès. Refuser à l'accusé cette possibilité peut fort bien lui faire éprouver un sentiment légitime d'injustice. Et même, à mon avis, l'examen de la jurisprudence canadienne montre que ce dernier principe est, en fait, le principe implicite mais prépondérant qui sous-tend cette jurisprudence.

... la qualification d'une procédure comme faisant partie intégrante du procès, par rapport au droit de l'accusé d'être présent pendant qu'elle se déroule, semble dépendre de la question de savoir si son exclusion de cette procédure a pour effet de violer son droit d'être présent de manière à pouvoir, en tout temps, avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux.

Enfin, la Cour d'appel a jugé que les appelants avaient le droit d'être présents pour entendre de la bouche même des jurés si ces appels téléphoniques avaient eu quelque influence sur eux et les empêchaient de continuer à exercer leurs fonctions de juré. Cette conclusion, de dire le juge Martin, est en principe conforme à la jurisprudence canadienne, à la ligne de conduite adoptée dans les deux décisions australiennes qu'il mentionne dans son arrêt et à l'opinion dominante des tribunaux américains. Le juge Martin y voit là un argument persuasif, quoiqu'il ajoute, aux pp. 539 et 540, que [TRADUCTION] «la force de cette opinion [américaine] se trouve en quelque sorte diminuée par le fait que les tribunaux américains appliquent fréquemment la «règle de l'erreur non préjudiciable» lorsque le droit d'un défendeur d'être présent à tous les stades de son procès a été enfreint. Par contre, l'art. 577 et la jurisprudence qui l'entoure empêchent d'appliquer une règle de ce genre au Canada».

Dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Martin a fait une étude admirable de la jurisprudence américaine sur le sujet pour conclure que dans ce pays aussi l'accusé a le droit d'être présent au cours de tout interrogatoire d'un juré concernant son impartialité. Aux États-Unis, on fait cependant la distinc-

ever, between exemptions claimed on grounds of partiality and those claimed on essentially private grounds of hardship, illness, and the like. In the latter instances, the examination by the judge has been held to be outside the scope of the trial (*Hertrich*, p. 534). Of course, this was precisely the distinction advanced by the defence counsel at the trial of the instant case. He objected to the trial judge's course of action only in the case of jurors claiming exemption on grounds of prejudice.

As Martin J.A. suggests, the weight of authority both in Canada and in the United States supports the contention of the appellant that the questioning under oath of jurors as to their possible partiality is a part of the trial. The appellant therefore had a right to be present, a right which must include the right to hear the proceedings.

Martin J.A. in *Hertrich* identified two important principles that underlie s. 577. First, the accused is present to hear the case he or she faces and is thereby able to put forward a defence. Second, the accused sees the entire process by which he or she is tried and is able to see that the correct procedure is followed and the trial fair. For Martin J.A., the second principle was the more important one. I agree with him that this second value is of enormous importance to the perceived fairness of the Canadian criminal justice system. The sight of a judge conferring in private with jurors on issues that go to the partiality of the trier of fact can only prompt cynicism in an accused. It should be avoided.

The question of what is included in the trial for purposes of s. 577(1) was also addressed by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2. Justice Lamer for the Court held that the right to be present at trial included the right to be present at an examination of jurors for partiality after the trial had begun. Adopting the reasoning of Martin J.A. in *Hertrich*, Lamer J. held that the test of what should be included in "trial" was not limited to the presentation of the case against the accused and to matters that directly affected

tion entre les dispenses demandées pour cause de partialité et celles demandées pour des raisons essentiellement personnelles: difficultés particulières, maladie et ainsi de suite. Dans ces derniers cas, on a jugé que l'interrogatoire par le juge n'avait rien à voir avec le procès lui-même (*Hertrich*, à la p. 534). Il va de soi que c'est précisément la distinction que propose l'avocat de la défense en l'espèce. Il ne s'est opposé à la conduite du juge qu'en ce qui a trait aux jurés qui demandaient une dispense pour cause de préjugés.

Comme le juge Martin le laisse entendre, la jurisprudence dominante tant au Canada qu'aux États-Unis appuie la prétention de l'appelant que l'interrogatoire sous serment des jurés concernant leur éventuelle partialité fait partie intégrante du procès. L'appelant avait donc le droit d'être présent, ce qui inclut nécessairement le droit d'entendre ce qui se dit.

Le juge Martin, dans l'arrêt *Hertrich*, dégage deux principes importants qui sous-tendent l'art. 577. En premier lieu, l'accusé est présent pour entendre la preuve qui pèse contre lui et il est ainsi en mesure d'opposer une défense. En second lieu, l'accusé assiste au déroulement de l'ensemble de la procédure suivie pour le juger et il peut s'assurer qu'elle est correcte et que le procès est équitable. Pour le juge Martin, le second principe est le plus important. Je suis d'accord avec lui pour dire que cette seconde valeur revêt une importance considérable pour la perception que l'on peut avoir de l'impartialité de la justice criminelle canadienne. La vue d'un juge s'entretenant en privé avec les jurés de questions touchant la partialité du juge des faits, ne peut que désillusionner un accusé. Cela devrait être évité.

La question de savoir ce que comprend le procès aux fins du par. 577(1) a également été abordée par cette Cour dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2. Le juge Lamer y a affirmé, au nom de la Cour, que le droit d'être présent à son procès comprend le droit d'être présent à l'interrogatoire des jurés auquel on procède en vue de vérifier leur impartialité, une fois le procès commencé. Adoptant le raisonnement du juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Lamer a conclu que le critère applicable pour déterminer ce

the decision as to guilt or innocence, such as rulings on the admissibility of evidence. For Lamer J., s. 577(1) is triggered whenever the "vital interests" of the accused are at stake, or as Martin J.A. put it in *Hertrich*, when a decision bears on the "substantive conduct of the trial." Any question about the partiality of the jurors individually or the jury as a whole reflects on the substantive conduct of the trial and must be dealt with in the presence of the accused. The accused has a right to a fair trial as well as a right to hear the case and make a defence. Section 577(1) protects both rights. In both *Hertrich* and *Vézina and Côté*, s. 577(1) was infringed when the judge examined jurors for partiality after the trial began and in the absence of the accused.

The Crown argues that the trial judge must oversee the jury selection process as part of the duty to ensure a fair trial. Even if the Nova Scotia *Juries Act* does not authorize the process followed here, the Crown suggests that it was part of the judge's inherent powers under the *Criminal Code*, continued by s. 600. The Crown cites the case of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.); affirmed [1977] 2 S.C.R. 267. *Hubbert* raised the question whether a trial judge, when empanelling a jury, might properly ask the panel as a whole whether any member of the panel has any connection with any of the parties. The judgment of the Ontario Court of Appeal reads, in part, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out, we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

que devrait comprendre le «procès» ne se limite pas à la présentation de la preuve qui pèse contre l'accusé ni aux questions qui influent directement sur la décision quant à sa culpabilité ou à son innocence, comme les décisions sur l'admissibilité d'éléments de preuve. Pour le juge Lamer, le par. 577(1) s'applique chaque fois que les «intérêts vitaux» de l'accusé sont en jeu, ou comme le juge Martin l'a dit dans l'arrêt *Hertrich*, lorsqu'une décision a un effet sur [TRADUCTION] «la conduite du procès en soi.» Toute question portant sur la partialité des jurés pris individuellement, ou du jury dans son ensemble, influe sur la conduite du procès en soi et doit être discutée en présence de l'accusé. L'accusé a droit à un procès équitable, comme il a le droit d'entendre la preuve qui pèse contre lui et d'opposer une défense. Le paragraphe 577(1) protège ces deux droits. Dans les affaires *Hertrich* et *Vézina et Côté*, le par. 577(1) a été enfreint lorsque le juge a interrogé des jurés en vue de vérifier leur impartialité une fois le procès commencé et en l'absence de l'accusé.

Le ministère public soutient que le juge de première instance doit surveiller le processus de sélection des jurés dans le cadre de son devoir de s'assurer que le procès est équitable. Il laisse entendre que, même si la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse n'autorise pas la procédure qui a été suivie ici, celle-ci relevait des pouvoirs inhérents que possède le juge en vertu du *Code criminel* et qui sont maintenus par l'art. 600. Le ministère public cite l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.), confirmé par [1977] 2 R.C.S. 267. L'affaire *Hubbert* soulevait la question de savoir si le juge, lors de la formation du jury, pouvait à bon droit s'adresser à l'ensemble du tableau pour demander si l'un de ses membres avait un lien quelconque avec l'une des parties. On lit notamment ceci dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Pour en venir à l'aspect pratique des modes de mise en œuvre de la procédure, nous traiterons d'abord du genre de partialité manifeste que vise la directive anglaise en matière de procédure. Certains juges ont l'habitude de dire aux membres du tableau des jurés, avant que ne commence le processus de sélection, quelque chose comme:

If there is anyone on this panel who is closely connected with a party to this case or with a witness who is to testify, will you please stand?

(Rarely does anyone respond.) If someone does stand, the trial Judge asks him to come forward (usually to the jury-box), and inquires further as to that person's connection with the case. To take obvious examples, if the juror is the uncle of the accused, or the wife of a witness, or the brother of the investigating police officer, he ought not to serve.

In our view, the trial Judge on his own should excuse that prospective juror from the case, without more ado. The *Criminal Code* makes no express provision for it, but it does not expressly or impliedly forbid it either, and in our view it is in the power of the trial Judge as part of his function of ensuring a fair trial. We think the practice of excusing jurors of obvious partiality is a desirable one in all cases.

The *Hubbert* case was appealed to this Court. The appeal was dismissed orally without calling upon Crown counsel.

In *Hubbert*, the Ontario Court of Appeal and this Court approved the common practice of a trial judge's asking the members of the jury array if any of them had any obvious connection to the case that would disqualify them. There are two differences between *Hubbert* and the case at bar. The first is that in the procedure recommended by the Ontario Court of Appeal, any member of the array who responds to the initial question answers any subsequent questions from the jury box. In other words, the judge's questions and the juror's responses are heard by everyone in the court, including the accused, and all will know the reason why the juror thinks he or she is not impartial. There is a world of difference between this procedure and a whispered conference between the judge and the potential juror, at the bench. The *Hubbert* procedure does not violate the accused's right to be present.

The second difference is that an initial question by the judge to the jury array is best seen as a summary procedure to speed up the jury selection, done with the consent of the parties. This was the view of the majority of the Quebec Court of Appeal in *Guérin v. R.*, [1984] C.A. 305, 13

Si l'un d'entre vous est lié de près à une partie à la présente affaire ou à une personne qui doit témoigner, aurait-il l'obligeance de se lever?

(Il est rare que quelqu'un se lève.) Si quelqu'un se lève, le juge lui demande de s'avancer (habituellement jusqu'au banc des jurés) et il s'enquiert plus longuement de ses liens avec l'affaire. Pour prendre des exemples évidents, si le juré est l'oncle de l'accusé ou le conjoint d'un témoin ou le frère du policier enquêteur, il ne devrait pas remplir cette fonction.

À notre avis, le juge devrait de sa propre initiative libérer ce juré éventuel sans plus tarder. Le *Code criminel* ne le prévoit pas expressément, mais il ne l'interdit pas non plus expressément ou tacitement et, à notre avis, le juge a le pouvoir de le faire, de par sa fonction qui consiste à assurer un procès équitable. Nous pensons que la pratique d'accorder une dispense aux jurés dont la partialité est manifeste est souhaitable dans tous les cas.

L'affaire *Hubbert* a fait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour. Le pourvoi a été rejeté oralement, sans qu'on ait entendu le ministère public.

Dans l'affaire *Hubbert*, la Cour d'appel de l'Ontario et cette Cour ont donné leur approbation à la pratique courante en vertu de laquelle le juge demande aux membres du tableau s'il y en a parmi eux qui ont, avec l'affaire, des liens manifestes susceptibles de les rendre incapables à remplir la fonction de juré. L'affaire *Hubbert* diffère de la présente espèce sous deux aspects. Premièrement, selon la procédure recommandée par la Cour d'appel de l'Ontario, tout membre du tableau qui répond à la question initiale doit répondre à toute question subséquente depuis le banc du jury. En d'autres termes, tous ceux qui sont présents dans la salle d'audience, y compris l'accusé, entendent les questions du juge et les réponses du juré, de sorte que tous sauront pourquoi le juré pense ne pas être impartial. Il y a un monde entre cette procédure et les échanges à voix basse du juge et de l'éventuel juré, près du tribunal. La procédure selon l'arrêt *Hubbert* ne viole pas le droit de l'accusé d'être présent.

La seconde différence réside dans le fait qu'il vaut mieux voir dans la question initiale posée par le juge aux membres du tableau des jurés une procédure sommaire visant à accélérer la formation du jury et à laquelle on a recouru avec le consentement des parties. C'est là l'opinion que la

C.C.C. (3d) 231. Both Bisson J.A. (at p. 246) and Jacques J.A. (at pp. 248-49) make the point that when counsel agree to initial questions by the judge there is no violation of the *Code* procedure. Either side can challenge any juror that the judge does not exclude and obvious cases are decided quickly on consent. Where counsel for either side objects to the process, as in this case, the judge cannot continue with the questions but must leave it to the parties and the jurors, under the judge's supervision.

The selection of an impartial jury is crucial to a fair trial. The *Criminal Code* recognizes the importance of the selection process and sets out a detailed procedure to be followed (ss. 554-573). Both the Crown and the accused participate in the process, with the right to challenge for cause or peremptorily and, in the case of the Crown, to stand aside potential jurors (ss. 562-568). The challenge for cause involves trial of the impartiality of potential jurors, with examination by either side. The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1).

2. Section 4(2) of the *Juries Act*

The issue in this case is complicated, however, by the relationship between the *Criminal Code* and s. 4(2) of the Nova Scotia *Juries Act* which, as noted above, states:

4. ...

(2) The judge presiding at a session or the Chief Justice may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of the person.

Cour d'appel du Québec à la majorité a adoptée dans l'arrêt *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305. Tant le juge Bisson (à la p. 312) que le juge Jacques (à la p. 314) font ressortir que lorsque les avocats acceptent que le juge pose ces questions préliminaires, il n'y a pas de violation de la procédure prévue par le *Code*. L'une et l'autre partie peuvent demander la récusation de tout juré que le juge n'exclut pas et il est rapidement statué sur les cas manifestes, avec le consentement de tous. Lorsque les avocats de l'une ou l'autre partie s'y opposent, comme en l'espèce, le juge ne peut poursuivre l'interrogatoire et il doit laisser faire les parties et les jurés, sous sa surveillance.

La formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable. Le *Code criminel* reconnaît l'importance du processus de sélection et il énonce une procédure détaillée à suivre (art. 554 à 573). Le ministère public et l'accusé y participent, avec droit de demander la récusation motivée ou péremptoire et, dans le cas du ministère public, de mettre à l'écart des jurés éventuels (art. 562 à 568). La récusation motivée comporte une vérification de l'impartialité des jurés éventuels, avec interrogatoire par l'une et l'autre partie. L'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1).

2. Le paragraphe 4(2) de la *Juries Act*

Le litige en l'espèce se trouve compliqué toutefois par suite de l'interaction entre le *Code criminel* et le par. 4(2) de la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse qui, comme on l'a noté auparavant, dispose:

[TRADUCTION] 4. ...

(2) Le juge qui préside une session ou le juge en chef peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte.

“Session” is defined in s. 1(m) of the Act as including any convening of the Trial Division of the Supreme Court for the purpose of one or more civil matters or one or more criminal matters. It is not readily apparent why the word “session” is used rather than the word “trial”. The record is silent on the question of whether Burchell J. had convened the Trial Division of the Supreme Court of Nova Scotia and was therefore presiding at a “session” as well as at a trial. I do not make anything of the point as it was not advanced before us.

In the present case, as I understand its position, the Crown argues that even if the word “trial” in s. 577(1) includes the selection of the jury, the examination of jurors claiming exemptions is not part of the jury selection process. It occurs before the commencement of the jury trial and is part of the pre-trial process of assembling a jury array of qualified, non-exempt jurors. Crown counsel contends that the jury selection process under the *Criminal Code* had not yet begun. The judge was using his authority under s. 4(2) of the *Juries Act* to provide an eligible array, after which selection of the jury would begin under the *Code*. It is asserted that the exemptions granted by the trial judge in this case “merely constituted an in-court extension” of the pre-trial process contemplated in s. 577(1). Since by this argument the trial had not yet begun, s. 577(1) did not yet apply and the accused had no right to attend or to participate. Neither did he have a right under s. 4(2) of the *Juries Act* to participate in the exemption process. Once the judge began the jury selection process under the *Code* he allowed full participation by counsel for the accused. The Crown thus concludes that there was no breach of s. 577(1).

I am firmly of the view that these submissions cannot be sustained. First, s. 4(2) of the *Juries Act*

Le terme «session» est défini à l'al. 1m) de la Loi, comme visant toute convocation de la Division de première instance de la Cour suprême, afin qu'elle connaisse d'une ou plusieurs affaires civiles ou criminelles. La raison de l'emploi du terme «session» plutôt que du terme «procès» ne saute pas aux yeux. Quant à savoir si le juge Burchell avait convoqué la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et présidait donc une «session» aussi bien qu'un procès, le dossier ne dit rien à ce sujet. Je n'en tire aucune conclusion, puisque nous n'avons pas été saisis de la question.

En l'espèce, si je comprends bien sa position, le ministère public soutient que, même si le terme «procès», au par. 577(1), inclut la sélection du jury, l'interrogatoire des jurés qui demandent une dispense ne fait pas partie du processus de sélection du jury. Il a lieu avant que ne commence le procès devant jury et il fait partie de la procédure, préparatoire au procès, de la constitution du tableau des jurés, composé de personnes aptes à remplir la fonction de juré et qui ne font pas l'objet d'une dispense. L'avocat du ministère public soutient que le processus de sélection du jury prévu au *Code criminel* n'était pas encore commencé. Le juge exerçait le pouvoir que lui confère le par. 4(2) de la *Juries Act* pour constituer un tableau des jurés admissibles, après quoi la sélection du jury commencerait en vertu du *Code*. On prétend que les dispenses accordées par le juge dans cette affaire [TRADUCTION] «ne constituaient qu'un prolongement dans la salle d'audience» de la procédure préparatoire au procès prévue au par. 577(1). Puisque, selon cette thèse, le procès n'était pas encore commencé, le par. 577(1) ne s'appliquait pas encore et l'accusé n'avait aucunement le droit d'être présent ni de participer. Il n'avait pas non plus le droit, en vertu du par. 4(2) de la *Juries Act*, de participer au processus d'octroi des dispenses. Lorsque le juge a déclenché le processus de sélection du jury prévu au *Code*, il a permis à l'avocat de l'accusé d'y participer pleinement. Le ministère public conclut donc qu'il n'y a pas eu de violation du par. 577(1).

Je suis fermement convaincu qu'on ne peut faire droit à ces arguments. Premièrement, le par. 4(2)

relates specifically to exemption before formal court proceedings. How can it be said that proceedings in court after arraignment and after a plea has been entered are not formal court proceedings? Secondly, the pre-process exemptions must be intended to allow persons who would suffer serious inconvenience from serving on any jury during the session to petition for a discretionary order to allow them to avoid that inconvenience. Some of the exemptions granted in the present case related not to inconvenience, but to prejudice. The considerations must surely be different.

3. Constitutional Considerations

The Crown's arguments also fail when set against the principles of the division of powers under the *Constitution Act, 1867*, the nature of the power conferred on the judge by s. 4(2) of the *Juries Act*, and the jury selection process in the *Code*. The *Juries Act* does not authorize the judge to screen the panel in secret after charges have been read out and plea entered. Even if it did, the appearance of justice and the need for a fair trial suggests that the power could not be exercised in the way the trial judge did in the case at bar.

It is undoubtedly the right and the duty of the Nova Scotia Legislature to pass a law for the gathering of the jury array. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, enables the province to legislate for the administration of justice within the province so long as it does not infringe on matters of criminal procedure, reserved to the federal government by s. 91(27). Part of this provincial power includes the assembly of an array of potential jurors for the courts of criminal jurisdiction to use in accordance with the *Criminal Code*. This power, however, is largely an administrative task, as s. 92(14) itself implies. In the case of jury selection, the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activ-

de la *Juries Act* porte spécifiquement sur les dispenses accordées avant le commencement de l'instance judiciaire formelle. Comment peut-on dire qu'une procédure se déroulant dans la salle d'audience, après l'interpellation et l'inscription d'un plaidoyer, n'est pas une instance judiciaire formelle? Deuxièmement, les dispenses accordées avant le procès doivent avoir pour but de permettre aux personnes à qui le fait d'être membre d'un jury quelconque au cours de la session, causerait de graves inconvénients, de demander une ordonnance discrétionnaire leur évitant de subir ces inconvénients. Certaines dispenses accordées en l'espèce sont liées non pas à de tels inconvénients, mais à l'existence de préjugés. Les considérations doivent sûrement être différentes.

3. Considérations constitutionnelles

Les arguments du ministère public se heurtent aussi aux principes du partage des compétences en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à la nature du pouvoir conféré au juge par le par. 4(2) de la *Juries Act* et au processus de sélection du jury prévu par le *Code*. La *Juries Act* n'autorise pas le juge à passer le tableau au crible en secret, après la lecture de l'inculpation et l'inscription d'un plaidoyer. Même si c'était le cas, comme il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle paraisse être faite, et que le procès soit équitable, ce pouvoir ne pouvait être exercé comme l'a fait le juge de première instance en l'espèce.

Il ne fait pas de doute que l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a le droit et le devoir de légiférer sur la constitution du tableau des jurés. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite la province à légiférer relativement à l'administration de la justice dans la province à la condition que cela n'empiète pas sur la procédure en matière criminelle qui est réservée au gouvernement fédéral par le par. 91(27). Cette compétence provinciale comporte celle de constituer un tableau de jurés éventuels, auquel les tribunaux de juridiction criminelle pourront recourir conformément au *Code criminel*. Toutefois, cette compétence est largement de nature administrative, comme le sous-entend le par. 92(14) lui-même. Dans le cas de la sélection du jury, la

ity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens, but with the precautions necessary to ensure an impartial jury. The Nova Scotia *Juries Act* is consistent with this interpretation of s. 92(14). The Act as a whole sets out the procedure to assemble the jury panel by the time court sessions begin. It states who will make up the jury committee for each municipality, how and when they will go about the task, and how the judiciary shall supervise it. The emphasis in the Act is to gather as random a sample of eligible jurors as possible, with no discussion of partiality. Significantly, s. 4(1) sets out certain categories of people who cannot serve on a jury because of their occupation. Subsection 4(2) seems to be a general clause to enable the judge supervising a session to exempt people who have personal reasons not to serve on a jury yet do not fit into the specific exemptions. Neither subsection is directly concerned with the partiality of potential jurors.

compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence, lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour garantir l'impartialité du jury. La *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est compatible avec cette interprétation du par. 92(14). La Loi, dans son ensemble, établit la procédure de constitution du tableau des jurés au début des sessions judiciaires. Elle précise qui composera la commission du jury dans chaque municipalité, comment et quand elle remplira sa tâche et comment les juges la surveilleront. L'accent dans la Loi est mis sur la recherche d'un échantillonnage de jurés admissibles respectant autant que possible les lois du hasard, sans qu'il soit question de partialité. Il est significatif que le par. 4(1) énonce que certaines catégories de gens ne peuvent être membres d'un jury en raison de leur occupation. Le paragraphe 4(2) semble être une clause générale autorisant le juge qui supervise une session à accorder une dispense aux personnes qui ont des raisons personnelles de ne pas faire partie d'un jury, sans toutefois se situer dans les catégories spécifiques de dispense. Ni l'un ni l'autre paragraphe ne s'intéresse directement à la partialité des jurés éventuels.

This interpretation of s. 4(2) of the Nova Scotia *Juries Act* is strengthened by a survey of the jury acts in the other Canadian jurisdictions. In every other province and in both territories there is a provision similar to the disqualification in s. 4(1) of a broad range of people by occupation, notably those connected with the justice system. No other jurisdiction has a provision similar to s. 4(2), with its unqualified reference to "exemptions". In every other jurisdiction but Nova Scotia, the legislature provides that exemptions are available only if the applicants meet certain criteria. These criteria vary from the laconic "for a good cause" in the territories, to "hardship" in some provinces, to more detailed criteria of hardship, age, religious belief, or similar factors in some provinces. Every other jurisdiction recognizes that its authority over the jury pool is limited to eligibility and personal matters unconnected with the criminal case to be tried. In spite of its apparently broad phrasing, the

Cette interprétation du par. 4(2) de la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est renforcée par l'examen des lois en matière de jury que l'on trouve dans les autres ressorts du Canada. Dans toutes les autres provinces et dans les deux territoires, on trouve une disposition semblable au par. 4(1), qui déclare inaptes à remplir la fonction de juré toute une gamme de personnes exerçant certaines professions, notamment celles reliées à la justice. Aucun autre ressort n'a de disposition semblable au par. 4(2) où l'on fait référence sans réserve à des «dispenses». Dans tous les ressorts autres que la Nouvelle-Écosse, le législateur prévoit qu'une dispense ne pourra être accordée que si la personne qui la demande satisfait à certains critères. Ces critères vont du laconique «pour un bon motif» des territoires, aux «difficultés particulières» dans certaines provinces et aux critères plus détaillés des difficultés éprouvées, de l'âge, des croyances religieuses ou autres facteurs semblables que l'on

Nova Scotia provision should be interpreted as similarly limited, to maintain its constitutional integrity.

The *Code* sets out a detailed process for the selection of an impartial jury. It gives both parties substantial powers in the process and sets up a mechanism to try the partiality of a potential juror when challenged for cause. The trier of partiality is not the judge but a mini-jury of two potential or previously selected jurors (s. 569(2)). Overall, it is a comprehensive scheme designed to ensure as fair a jury as is possible and to ensure that the parties and the public at large are convinced of its impartiality. Any addition to this process from another source would upset the balance of the carefully defined jury selection process. This is especially the case of any attempt to add to the powers of the judge. Parliament has decided that the issue of partiality is a question of fact that must be decided by two of the jurors themselves, not by the judge. The province cannot give the judge any power to make decisions as to partiality and any judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors established by s. 569(2). Usurpation of this sort is so severe an error of law by the judge that it mandates a new trial, even if no prejudice to the accused can be shown (*Guérin v. R.*, *supra*). The judge's role is to supervise trials of partiality, not to decide them.

4. *The Appearance of Justice*

The argument of the Crown in this appeal does not address what may be the most important aspect of the case, namely, the appearance of justice. Even if the two-stage analysis of the empanelling process is a legally accurate description of the interplay of the *Criminal Code* and the

trouve dans d'autres provinces. Tous les autres ressorts reconnaissent que leur compétence sur le tableau des jurés se limite à l'admissibilité et aux questions personnelles qui n'ont rien à voir avec le procès criminel qui doit avoir lieu. En dépit de sa formulation apparemment générale, la dispositions de la Nouvelle-Écosse devrait être interprétée comme si elle était pareillement limitée, afin d'assurer son intégrité constitutionnelle.

Le *Code* établit une procédure détaillée de sélection d'un jury impartial. Il confère aux deux parties des pouvoirs substantiels dans le cadre de ce processus et il établit un mécanisme pour juger de la partialité d'un juré éventuel qui fait l'objet d'une demande de récusation motivée. Le juge de la partialité est non pas le juge, mais un mini-jury formé de deux jurés éventuels ou déjà choisis (par. 569(2)). En général, il s'agit d'un système complet destiné à assurer qu'un jury sera aussi neutre que possible et à garantir que les parties et le public en général seront convaincus de son impartialité. Toute addition à cette procédure provenant d'une autre source perturberait l'équilibre du processus soigneusement défini de sélection du jury. C'est particulièrement le cas de toute tentative d'accroître les pouvoirs du juge. Le législateur fédéral a décidé que la question de la partialité est une question de fait que doivent trancher deux des jurés eux-mêmes, et non le juge. La province ne peut conférer au juge le pouvoir de décider de la partialité ou de l'impartialité, et tout juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la fonction de juré établie par le par. 569(2). Une usurpation de ce genre constitue une erreur de droit si grave de la part du juge, qu'elle oblige à ordonner un nouveau procès, même s'il est impossible de démontrer l'existence d'un préjudice pour l'accusé (*Guérin c. R.*, précité). Le rôle du juge consiste à superviser les vérifications d'impartialité et non à les trancher.

4. *Que justice paraisse être rendue*

L'argumentation du ministère public en l'espèce ne porte pas sur ce qui peut représenter l'aspect le plus important de l'affaire, savoir non seulement que justice soit rendue, mais qu'elle paraisse l'être. Bien que l'analyse de la formation du jury en deux étapes s'avère une description légalement exacte de

Nova Scotia *Juries Act*, it leaves out of account the effect of the proceedings in this case as they would appear to the average citizen: prospective jurors were able to speak to the judge in private, albeit in open court, and be excused from jury duty with no reason given. The problem arises because the Nova Scotia *Juries Act* gives an administrative duty to the judge: the power to exempt potential jurors for personal reasons unconnected with the facts of a particular trial. This administrative duty concerns a particularly sensitive point of a trial and closely resembles the judicial duty of examining jurors for partiality, a fundamental part of the duty to provide a fair trial. The average citizen watching would not likely appreciate the legal categorization of the judge's power to excuse for personal reasons, and it would be difficult for the accused, who is particularly sensitive on this point, to see a private conference between judge and juror after the accused's name was called out, the charges read and a plea entered, as an administrative matter that did not affect his right to a fair trial. The decision should not turn solely on the technical definition of when the trial began. I think that an accused who appears before a judge in a courtroom with his counsel, hears the charge read, and pleads to the charge, would think it very strange to be told that his trial had not begun. He would, I think, find it equally strange that almost half of those called for jury duty were relieved of that duty after whispered goings on with the presiding judge.

What of the public perception? This is a case where the public perception of the fairness of the proceedings is crucial. A judge sitting in open court embodies the judicial role in the public mind, a role different from that of the administrative officer who assembles the array initially. The same act, excusing a juror for personal reasons, will be seen in a different light when done by the drafters

l'interaction entre le *Code criminel* et la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, elle ne tient pas compte de l'impression que la procédure suivie en l'espèce pourrait créer chez le citoyen moyen: des jurés éventuels ont pu s'entretenir confidentiellement avec le juge, quoique en pleine audience, et être libérés de la fonction de juré sans explication. Le problème se pose parce que la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse confie une fonction administrative au juge: le pouvoir d'accorder une dispense à d'éventuels jurés pour des raisons personnelles n'ayant aucun rapport avec les faits en cause dans un procès donné. Cette fonction administrative concerne une question particulièrement délicate dans un procès et ressemble de près à la fonction judiciaire que constitue l'interrogatoire des jurés en vue de vérifier leur impartialité, un aspect fondamental du devoir d'assurer un procès équitable. Le citoyen moyen qui observe cela ne saisirait probablement pas toute la subtilité de la qualification juridique du pouvoir du juge d'accorder des dispenses pour des raisons personnelles et il serait difficile à l'accusé, naturellement pointilleux à cet égard, de considérer les échanges à voix basse du juge et d'un juré, après qu'il eut été interpellé, que l'inculpation eut été lue et qu'un plaidoyer eut été inscrit, comme une simple question administrative qui n'influe pas sur son droit à un procès équitable. La décision ne saurait être fondée uniquement sur la définition technique du moment où commence le procès. Je pense qu'un accusé qui comparait devant un juge, dans une salle d'audience, en compagnie de son avocat, qui entend lecture de l'inculpation et qui inscrit son plaidoyer trouverait fort étrange qu'on lui dise que son procès n'est pas commencé. Il trouverait, je pense, tout aussi étrange que presque la moitié de ceux qui ont été convoqués pour remplir la fonction de juré soient libérés de cette fonction après des manœuvres à voix basse avec le juge qui préside l'instance.

Et que penser de l'impression créée chez le public? Il s'agit d'un cas où l'impression chez le public que la procédure est équitable est cruciale. Un juge siégeant en audience publique personnifie la fonction judiciaire dans l'opinion publique, fonction qui diffère de celle d'un agent administratif qui constitue initialement le tableau des jurés. Le même acte, la libération d'un juré pour des raisons

of the jury list as part of the first stage of assembling an array of potential jurors and when done by a judge in open court once the accused is charged and plea entered. Even if the excusal can be seen as a purely administrative act, the public expectation of the judicial role in these circumstances requires the judge to execute the administrative task judicially. The judge must allow counsel to participate and the public to know the reasons for the decision. Nothing should be done in private in open court.

Again, a comparison to the statutes of the other jurisdictions is illuminating. In most of them, a person who wishes to be exempted from the jury list applies to the official who drew up the list, the sheriff (in New Brunswick, the Jury Board). If the exemption is refused there is either a right of appeal to a superior court judge or the person can make a new application to a judge, as specified by the statute. (In Newfoundland the application is to a provincial court judge, with appeal from a refusal to a supreme court judge. In Prince Edward Island the application is directly to the judge at trial.) These provisions show that other jurisdictions consider exemptions for personal reasons to be administrative issues for court officials to decide, subject to the review and supervision of the judiciary. Such review of administrative decisions normally includes the duty to act judicially, with due regard for the appearance of justice.

5. Sections 598, 599 and 600

It was suggested that even if the trial judge erred in his questioning and exemption of the jurors, that error could be cured by the application of ss. 598 or 599. It was also questioned whether the screening was authorized by s. 600. In my opinion, none of these provisions applies in this case.

personnelles, sera perçu différemment selon qu'il est accompli par ceux qui sont chargés de dresser la liste du jury au cours de la première étape de la constitution d'un tableau de jurés éventuels, et selon qu'il l'est par un juge en salle d'audience, après que l'accusé a été inculpé et qu'il a inscrit son plaidoyer. Même si une libération peut être perçue comme un acte purement administratif, les attentes du public en ce qui concerne la fonction judiciaire dans ces circonstances exigent que le juge exerce judiciairement cette tâche administrative. Le juge doit autoriser la participation des avocats et permettre au public de connaître les motifs de sa décision. Rien ne devrait se faire confidentiellement dans une salle d'audience.

Ici encore, la comparaison avec les lois des autres ressorts est instructive. Dans la plupart des autres ressorts, une personne qui souhaite être rayée de la liste du jury en fait la demande à l'officier qui a dressé cette liste, le shérif (au Nouveau-Brunswick, la Commission du jury). Si la dispense est refusée, il peut être interjeté appel à un juge de cour supérieure ou encore la personne en question peut faire une nouvelle demande à un juge, selon ce que prescrit la loi. (À Terre-Neuve, la demande est adressée à un juge de la Cour provinciale et en cas de refus, il est possible d'en appeler à un juge de la Cour suprême. À l'Île-du-Prince-Édouard, la demande se fait directement au juge qui préside le procès.) Ces dispositions montrent que d'autres ressorts considèrent que les dispenses pour des raisons personnelles constituent des questions administratives qu'il revient aux offices de justice de trancher sous le contrôle et la surveillance des juges. Un tel contrôle des décisions administratives comprend normalement le devoir d'agir judiciairement en prenant bien soin de veiller à ce que justice paraisse être rendue.

5. Les articles 598, 599 et 600

On a laissé entendre que même si le juge de première instance avait commis une erreur en interrogeant des jurés et en leur accordant des dispenses, cette erreur pourrait être réparée par l'application des art. 598 ou 599. On s'est aussi demandé si ce tamisage était autorisé par l'art. 600. À mon avis, aucune de ces dispositions ne s'applique en l'espèce.

Section 598 provides that irregularities in the summons of the jury or in its membership cannot be used to attack a verdict, while s. 599 states that failure to follow precisely the rules for jury selection does not warrant setting aside a verdict reached subsequently. The import of these two provisions is that an irregularity of form which does not affect the substance of a trial cannot be used to challenge the result.

The right to be present is a fundamental right of the accused. Exclusion of the accused from part of the trial, especially part of the selection of an impartial jury, is not an irregularity of form. It casts into doubt two of the most basic aspects of a fair trial, the impartiality of the jury and the appearance of justice. Sections 598 and 599 do not cure the defect. As the late MacKinnon A.C.J. held in *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, when one of the parties is denied a right in the jury selection process given by the *Criminal Code*, prejudice can be inferred and these sections are of no assistance.

There is another reason why the sections are inapplicable. The Quebec Court of King's Bench (Appeal Side), held in *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1, that the predecessors of the two sections apply to objections to the jury selection raised for the first time after verdict. The Supreme Court of Canada considered and approved this decision in *R. v. Stewart*, [1932] S.C.R. 612, saying that the situation is entirely different when the objection to the jury selection is taken at trial. Defence counsel here objected to the judge's actions from the beginning.

As for s. 600, it is a provision to carry forward any common law power of the judge in relation to the jury selection process that is not «... expressly altered by or is inconsistent with this Act.» Whether or not a judge ever had the power to examine jurors for partiality need not be decided. The *Criminal Code* has eliminated any power of the judge to decide issues of partiality. By section

L'article 598 prévoit qu'on ne peut avoir recours aux irrégularités dans l'assignation ou la constitution du jury pour contester un verdict, alors que l'art. 599 dit que l'omission de suivre à la lettre les règles de sélection du jury ne justifie pas l'annulation du verdict rendu subséquemment. Ces deux dispositions signifient qu'on ne peut recourir à un vice de forme qui n'a pas influé sur le fond d'un procès pour en contester le résultat.

Le droit d'être présent est un droit fondamental de l'accusé. L'exclusion de l'accusé d'une partie du procès, particulièrement d'une partie du processus de sélection d'un jury impartial, ne constitue pas un simple vice de forme. Elle suscite le doute quant à deux des aspects les plus fondamentaux d'un procès équitable: l'impartialité du jury et le fait que justice doit non seulement être rendue, mais également paraître être rendue. Les articles 598 et 599 ne remédient pas à ce vice. Comme feu le juge en chef adjoint MacKinnon l'a conclu dans l'arrêt *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, lorsque l'une des parties se voit dénier un droit que lui confère le *Code criminel* en matière de sélection du jury, on peut en déduire qu'il y a préjudice et ces articles ne sont d'aucune utilité.

Il existe une autre raison pour laquelle ces articles sont inapplicables. La Cour du Banc du Roi du Québec, Division d'appel, a jugé dans l'arrêt *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1, que les dispositions qui ont précédé ces deux articles s'appliquaient aux objections à la sélection du jury soulevées pour la première fois après le verdict. La Cour suprême du Canada a examiné et approuvé cette décision dans l'arrêt *R. v. Stewart*, [1932] R.C.S. 612, en disant que la situation est totalement différente lorsque l'objection à la sélection du jury est soulevée au procès. En l'espèce, l'avocat de la défense s'est opposé aux actes du juge dès le départ.

Quant à l'art. 600, cette disposition vise à préserver tout pouvoir que la *common law* conférerait au juge, en matière de sélection du jury, qui n'est pas «expressément modifié par la présente loi [ni] incompatible avec ses dispositions.» On n'a pas à décider si les juges ont jamais eu le pouvoir d'interroger les jurés en vue de vérifier leur impartialité. Le *Code criminel* a éliminé tout pouvoir du

569(2), all questions of partiality are to be decided by the two jurors sworn for that purpose. Section 600 therefore does not authorize the judge to perform this function.

6. *Section 613(1)(b)(iii)*

It is no doubt true, as the respondent Crown submits, that the accused retained his right to challenge any prospective juror for cause even after the trial judge had excluded thirty-six members of the panel. It is suggested that this possibility wiped out any prejudicial effect on the judge's secret questioning. The Appeal Division would appear to have held that view. The response to this assertion is that, as a matter of authority, this Court has already held that the denial of the right under s. 577 is "fundamental", requiring the setting aside of the conviction. The curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) are innately inapplicable: *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] (Que. Q.B.) 94n, affirmed [1966] S.C.R. 399. Since the decision in *Meunier*, it has been the rule that no breach of the right to be present can be cured by s. 613(1)(b)(iii) as the absence of the accused deprives the court of all jurisdiction.

In *R. v. Hertrich, supra*, at p. 527, Martin J.A. followed *Meunier* and the other authorities mentioned in the passage following and concluded that the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) were not applicable if the accused is deprived of his right to be present at his trial in contravention of s. 577:

The law is settled that depriving an accused of his right to be present at his trial in contravention of s. 577 is the denial of a fundamental right requiring the setting aside of the conviction, and the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) are inapplicable: see *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n; affirmed [1966] S.C.R. 399, 50 C.R. 75; *Ginoux v. The Queen* (1971), 15 C.R.N.S. 117; affirmed 16 C.R.N.S. 256n; *R. v. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345, [1973] 3 O.R. 905; affirmed 22 C.C.C. (2d) 571, 58 D.L.R. (3d) 560, [1975] 2 S.C.R. 624 *sub nom. A.-G. Ont. v. Reale*; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570, 117 D.L.R. (3d) 740, 30 O.R. (2d) 545.

juge de statuer sur des questions de partialité. En vertu du par. 569(2), toutes les questions de partialité doivent être tranchées par les deux jurés assermentés à cette fin. L'article 600 n'autorise donc pas le juge à exercer cette fonction.

6. *Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii)*

Sans doute il est vrai, comme le ministère public le fait valoir, que l'accusé conservait son droit de demander la récusation motivée de tout juré éventuel, même après que le juge de première instance eut exclu trente-six membres du tableau. On laisse entendre que cette possibilité éliminait tout effet préjudiciable sur l'interrogatoire auquel le juge avait procédé confidentiellement. La Division d'appel semble avoir été de cet avis. La réponse à cela est que, sur le plan des précédents, cette Cour a déjà jugé que la dénégation du droit prévu à l'art. 577 est «fondamentale» et commande l'annulation de la déclaration de culpabilité. Les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) sont foncièrement inapplicables: *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, confirmé par [1966] R.C.S. 399. Depuis l'arrêt *Meunier*, il a été de règle que le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne saurait remédier à une dénégation du droit d'être présent, puisque l'absence de l'accusé dépouille le tribunal de toute compétence.

Dans l'arrêt *R. v. Hertrich*, précité, à la p. 527, le juge Martin a suivi l'arrêt *Meunier* et la jurisprudence mentionnée dans le passage suivant pour conclure que les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) ne sont pas applicables si l'accusé est privé de son droit d'être présent à son procès, contrairement à l'art. 577:

[TRADUCTION] Il est de règle que priver un accusé de son droit d'être présent à son procès contrairement à l'art. 577, constitue une dénégation d'un droit fondamental qui commande l'annulation de la déclaration de culpabilité, et les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) sont inapplicables: voir *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n.; confirmé par [1966] R.C.S. 399, 50 C.R. 75; *Ginoux v. The Queen* (1971), 15 C.R.N.S. 117; confirmé par 16 C.R.N.S. 256n; *R. v. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345, [1973] 3 O.R. 905; confirmé par 22 C.C.C. (2d) 571, 58 D.L.R. (3d) 560, [1975] 2 R.C.S. 624 *sub nom. P.-G. Ont. c. Reale*; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570, 117 D.L.R. (3d) 740, 30 O.R. (2d) 545.

There was in the instant case a major deviation from the *Code* procedure for the selection of the jury, one that eliminated nearly half the jury pool for reasons unknown to the accused. That is not a minor breach of the accused's right to be present. It is a breach that casts into doubt the impartiality of the jury, which in turn reflects on the fairness of the entire trial.

The rigidity of *Meunier* has been criticized, notably in *Côté v. R.*, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, and in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (B.C.C.A.) Some doubt was also cast upon the rule in *Meunier* in this Court's decision in *Vézina and Côté*, *supra*, where Lamer J. emphasized, at p. 14:

As a last comment on the matter I should not want it to be taken that, when adopting Martin J.A.'s views in *Hertrich*, the issue of whether the proviso in s. 613(1)(b)(iii) was available, has been inferentially reconsidered and the reasoning in *Meunier* on that point reaffirmed in this case.

But this comment should not necessarily be read as impugning the decision in *Meunier*. On the facts of *Vézina and Côté*, it was simply unnecessary to decide the point. Lamer J. left open the possibility that the rule might be reconsidered. The issue is raised more starkly in the instant case, but I believe that no grounds are raised that should cause the Court to reverse a decision of long standing.

Indeed, I am not convinced that the appellant suffered no prejudice. The Crown would have this Court assume, first, that all the jurors who were excused on grounds of partiality were partial to the Crown, and second, that the trial judge's screening could only have helped the accused without impairing the ability to challenge for cause later. Neither of these assumptions seems to me to be correct. First, we simply do not know and can only speculate as to the grounds of partiality the trial judge used to exclude jurors. It may very well be that in reducing the panel by over forty percent, the trial judge excluded persons, perhaps friends of the accused or Liberal party supporters, who

Il y a eu, dans le cas présent, dérogation majeure à la procédure de sélection du jury prévue par le *Code*, laquelle dérogation a entraîné l'élimination de près de la moitié des membres du tableau des jurés, pour des raisons inconnues de l'accusé. Ce n'est pas là une atteinte mineure au droit de l'accusé d'être présent. Il s'agit d'une atteinte qui met en doute l'impartialité du jury, ce qui à son tour se répercute sur l'équité du procès tout entier.

La rigidité de l'arrêt *Meunier* a été critiquée, notamment dans l'arrêt *Côté c. R.*, [1982] C.A. 419, et dans l'arrêt *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (C.A.C.-B.) L'arrêt de cette Cour *Vézina et Côté*, précité, fait aussi planer un certain doute sur la règle de l'arrêt *Meunier*, lorsque le juge Lamer souligne, à la p. 14:

Comme dernière observation à ce sujet, je ne voudrais pas que l'on croie que, par l'adoption du point de vue exprimé par le juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, la question de l'applicabilité de la réserve énoncée au sous-al. 613(1)(b)(iii) a été indirectement réexaminée et que les principes énoncés dans l'arrêt *Meunier* ont été réitérés sur ce point dans la présente cause.

Mais cette observation ne doit pas nécessairement être interprétée comme attaquant l'arrêt *Meunier*. Simplement, les faits de l'affaire *Vézina et Côté* n'obligeaient pas à statuer sur ce point. Le juge Lamer maintient la possibilité d'un réexamen de la règle. La question se pose avec plus d'acuité en l'espèce, mais je ne crois pas qu'on ait soulevé aucun moyen qui amène la Cour à renverser un précédent de longue date.

D'ailleurs, je ne suis pas convaincu que l'appellant n'a subi aucun préjudice. Le ministère public voudrait que la Cour présume, premièrement, que tous les jurés libérés pour cause de partialité étaient partiaux en sa faveur et, deuxièmement, que le tamisage par le juge n'aurait pu qu'aider l'accusé sans nuire à sa capacité de demander par la suite des récusations motivées. Aucune de ces hypothèses ne me semble exacte. D'abord, nous ignorons tout simplement quels sont les motifs de partialité pour lesquels le juge a exclu des jurés et nous ne pouvons que conjecturer à ce propos. Il se peut fort bien qu'en réduisant le tableau de près de la moitié, le juge ait exclu des personnes, peut-être

might have been more favourable to the accused than to the Crown. While the accused does not have the right to a favourable jury, only an impartial one, it is not obvious that the exclusion was only to the benefit of the accused.

As for the second assumption, it may be that the trial judge's screening might actually have hindered the selection of an impartial jury. Suppose a juror conscientiously told the judge that he or she might not be impartial for some reason, such as membership in a political party, and the judge decided that the juror was impartial. The juror's concern about impartiality may then have been set to rest by the judge's decision so that the juror would not raise the issue again when challenged for cause. After all, if the judge had so concluded, why would the juror express any doubt about it when challenged by counsel? The juror's concern about his or her own impartiality has been set to rest on the highest authority, that of the judge. If counsel had heard the exchange between the juror and the judge and thought that the judge was wrong, counsel could have pursued the issue further. As it was, there was no reason not to accept the juror's response to the challenge at face value. Thus, jurors partial to the Crown or the accused may have slipped through the screening process.

The point of these examples is not that the jury should have included friends of the accused, or political allies, or partisan opponents. Nor is it to suggest that political affiliation is automatically cause to challenge in such a case. The point is that we cannot assume that whatever screening occurred in secret was beneficial for the accused, or even neutral. These examples show the fundamental reason why all questions of partiality must be decided in public: the accused, the Crown, and the public at large have the right to know that the jury is as impartial as is humanly possible. Such speculation is harmful.

des amis de l'accusé ou des partisans libéraux, qui auraient pu être plus favorables à l'accusé qu'à la poursuite. Alors que l'accusé n'a pas droit à un jury favorable, mais seulement à un jury impartial, il n'est pas évident que l'exclusion n'a été faite qu'au profit de l'accusé.

Quant à la seconde hypothèse, il se pourrait que le tamisage par le juge ait vraiment empêché la sélection d'un jury impartial. Supposons qu'un juré a dit en conscience au juge qu'il se pourrait qu'il ne soit pas impartial pour une raison quelconque, comme le fait d'être membre d'un parti politique, et que le juge a décidé que ce juré était impartial. Il se peut que la décision du juge ait alors eu pour effet de dissiper la crainte d'être partial éprouvée par le juré de sorte que ce dernier ne reviendrait pas sur ce sujet si jamais il faisait l'objet d'une récusation motivée. Après tout, si le juge en a ainsi décidé, pourquoi le juré devrait-il exprimer des doutes à ce propos lorsque l'avocat demande sa récusation? La crainte du juré d'être impartial a été dissipée en vertu de l'autorité la plus élevée, celle du juge. Si l'avocat avait entendu les propos échangés entre le juré et le juge et s'il avait estimé que le juge était dans l'erreur, il aurait poussé plus loin la question. De la façon dont les choses se sont passées, il n'y avait aucune raison de ne pas prendre au pied de la lettre la réponse du juré à la récusation. Il se peut donc que le processus de tamisage n'ait pas permis d'écarter certains jurés favorables à la poursuite ou à l'accusé.

Ce que ces exemples visent à démontrer, ce n'est pas que le jury aurait dû comporter des amis de l'accusé, des alliés politiques ou des partisans opposés. Cela ne veut pas dire non plus que l'affiliation politique constitue automatiquement un motif de récusation dans une affaire de ce genre. Ce que cela signifie, c'est que nous ne pouvons présumer qu'une sélection quelconque effectuée en secret a profité à l'accusé ou même a été neutre. Ces exemples illustrent la raison fondamentale pour laquelle toutes les questions de partialité doivent être tranchées en public: l'accusé, le ministre public et le public en général ont le droit de savoir que le jury est aussi impartial qu'il est humainement possible de l'être. De telles conjectures sont préjudiciables.

IV

Summary

In sum, s. 577(1) of the *Criminal Code* requires that the accused be present at his trial for a criminal offence. The examination of the prospective jurors by the trial judge, relating in part to their impartiality and following arraignment and plea, was part of the trial for purposes of s. 577. It is important for the accused to see and hear the entire process by which he or she is tried so that he or she sees that the trial is fair, and s. 4(2) of the *Nova Scotia Juries Act* should be construed as relating to exemption of jurors for reasons of hardship, illness or inconvenience before the commencement of formal court proceedings. A wider interpretation of s. 4(2) of the *Juries Act*, one that permits exemption of jurors after arraignment and plea and on grounds of possible prejudice, would intrude into federal jurisdiction over criminal procedure. The public perception of the fairness of the trial process would be damaged if potential jurors were excluded after private conversations with the judge. Further, the judge's actions were not authorized by s. 600 of the *Code*. Finally, the trial judge's error in this case was of a fundamental nature and therefore the curative provisions in ss. 598, 599 and 613(1)(b)(iii) of the *Code* should not be applied.

In closing, the words of Haines J. in *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475 (H.C.), are an accurate summary of both the method and the goals of the jury selection process:

Much more in keeping with the realities of the situation is to allow the accused through his counsel to ask such relevant questions in open Court as to the partiality and fitness of the juror under the watchful eye of the Judge who will in the exercise of his discretion protect the interest of the Crown and the accused as well as the administration of justice. In this matter the tribunal itself is enhanced in the eyes of the public. Lay triers

IV

Résumé

En somme, le par. 577(1) du *Code criminel* requiert que l'accusé soit présent au procès qu'il subit relativement à une infraction criminelle. L'interrogatoire des jurés éventuels, portant notamment sur leur impartialité, auquel le juge de première instance a procédé après l'interpellation et le plaidoyer, faisait partie intégrante du procès pour les fins de l'art. 577. Il est important pour l'accusé qu'il voie et qu'il entende toute la procédure suivie pour le juger de façon à pouvoir constater que le procès est équitable; le par. 4(2) de la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse devrait être interprété comme ne visant que les dispenses accordées aux jurés pour cause de difficultés ou d'inconvénients particuliers ou de maladie, avant que ne commence l'instance judiciaire formelle. Une interprétation plus large du par. 4(2) de la *Juries Act*, c'est-à-dire une qui permettrait d'accorder une dispense à des jurés après l'interpellation et le plaidoyer parce qu'ils pourraient avoir des préjugés, empiéterait sur la compétence fédérale en matière de procédure criminelle. Le public n'aurait plus l'impression que le procès est équitable si d'éventuels jurés étaient libérés après avoir eu des entretiens privés avec le juge. En outre, les actes du juge n'étaient pas autorisés par l'art. 600 du *Code*. Enfin, l'erreur du juge de première instance en l'espèce est de nature fondamentale et, par conséquent, les dispositions réparatrices des art. 598, 599 et 613(1)(b)(iii) du *Code* ne sauraient s'appliquer.

En terminant, ces propos du juge Haines dans la décision *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475 (H.C.) résument parfaitement tant le mode de mise en œuvre que les objectifs du processus de sélection du jury:

[TRADUCTION] Il est beaucoup plus conforme aux réalités de la situation d'autoriser l'accusé, par l'entremise de son avocat, à poser dans la salle d'audience ces questions pertinentes concernant la partialité et l'aptitude du juré, sous l'œil vigilant du juge qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, protégera les intérêts du ministère public et de l'accusé, et assurera la bonne administration de la justice. Dans cette affaire, le tribunal

have found the juror fair and impartial. Justice is at its highest when its administration is shared by our citizens.

V

Conclusion

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, and order a new trial for the appellant. Although strictly speaking I do not have to decide the other three issues, for the guidance of the trial judge who re-tries the case I think it useful to state that I would agree with McIntyre J.'s opinions on those issues.

The reasons of McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—The appellant Barrow was jointly charged with one MacFadden and one Simpson with an offence under ss. 423(1)(d) and 110(1)(d) of the *Criminal Code*. The indictment is in these terms:

that [they] . . . unlawfully did . . . conspire together and with James G. Simpson and with various officials of the government of the Province of Nova Scotia and with another person or persons unknown, to demand or accept for the benefit of themselves or the Nova Scotia Liberal Association or a member or members thereof or another person or persons, rewards, advantages or benefits, as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with the transaction of business with or any matter of business relating to the Province of Nova Scotia or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow, contrary to Section 423(1)(d) and 110(1)(d) of the *Criminal Code* of Canada.

Simpson pleaded guilty in the magistrates' court and was fined \$75,000. MacFadden and the appellant elected trial by judge and jury and after a preliminary inquiry they were committed to stand trial in the Supreme Court of Nova Scotia. The trial commenced on April 5, 1983. The Crown called extensive evidence and when it closed its case a motion was made by the defence for a directed verdict. This motion was denied and the appellant and MacFadden elected not to call evi-

lui-même se trouve rehaussé aux yeux du public. Le juré a été jugé juste et impartial par ses pairs. La justice est à son meilleur lorsque nos citoyens participent à son administration.

a

V

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et d'ordonner que l'appellant subisse un nouveau procès. À vrai dire, je n'ai pas à statuer sur les trois autres questions mais, afin d'éclairer le juge de première instance qui aura à réentendre l'affaire, j'estime utile de dire que je partage l'opinion du juge McIntyre sur ces questions.

Version française des motifs des juges McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—L'appellant Barrow a été accusé, conjointement avec les dénommés MacFadden et Simpson, d'avoir enfreint les al. 423(1)d) et 110(1)d) du *Code criminel*. D'après l'acte d'accusation, ils étaient accusés:

[TRADUCTION] D'avoir illicitement comploté ensemble et avec James G. Simpson et divers fonctionnaires du gouvernement de la province de la Nouvelle-Écosse, et avec une ou d'autres personnes dont l'identité n'est pas connue, d'exiger ou d'accepter, pour eux-mêmes, pour l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse ou pour un ou des membres de celle-ci, ou pour une ou d'autres personnes, des récompenses, avantages ou bénéfiques en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant la conclusion d'affaires avec la province de la Nouvelle-Écosse ou une question d'affaires la concernant, ou un avantage que Sa Majesté est autorisée ou en droit d'accorder, contrairement aux al. 423(1)d) et 110(1)d) du *Code criminel* du Canada.

Simpson a plaidé coupable devant la Cour des magistrats et a été condamné à payer une amende de .75 000 \$. MacFadden et l'appellant ont choisi d'être jugés par un juge et un jury et, après enquête préliminaire, ils ont été renvoyés à leur procès en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Le procès s'est ouvert le 5 avril 1983. Le ministère public a produit de nombreux éléments de preuve, après quoi la défense a présenté une requête en obtention d'un verdict imposé. La requête ayant

dence. On May 11, 1983, the jury returned a verdict of guilty against both accused and, on May 12, 1983, the trial judge sentenced each man to the payment of a fine of \$25,000.

The appellant appealed to the Appellate Division of the Supreme Court of Nova Scotia (the Court of Appeal). MacFadden did not appeal. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal against conviction in reasons for judgment delivered September 11, 1984 (65 N.S.R. (2d) 1). The appellant was granted leave to appeal to this Court, pursuant to s. 618(1)(b) of the *Criminal Code*.

The Facts

In 1968, the Nova Scotia Liberal Association created a finance committee to raise funds for the purposes of the party. The Committee was composed of the appellant, as chairman, and MacFadden and Simpson who acted primarily as collectors. Two bank accounts were opened by the Committee for the purpose of receiving financial contributions. The accounts were in the name of Cambridge Investments and J. G. Simpson, in trust. The signing authorities on the Cambridge account were Simpson and MacFadden and, on the other, Simpson and his secretary. Monies collected or received were deposited to these accounts and then disbursed to several trust funds which had been set up over the years for the purposes of the Nova Scotia liberal party, to various individuals and the Nova Scotia Liberal Association. The common trustee of all the trust funds was the appellant.

According to the judgment of the Court of Appeal, which on this point is not challenged, the evidence, particularly documentary evidence, showed clearly that the appellant and his co-accused were at all times aware of the flow of cash through both bank accounts. Meticulous accounting records were kept with respect to the two accounts and none of the monies disbursed from the accounts or the various trust funds was

été rejetée, l'appelant et MacFadden ont choisi de ne pas présenter de preuve. Le 11 mai 1983, le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard des deux accusés et, le 12 mai 1983, le juge de première instance les a condamnés à verser une amende de 25 000 \$ chacun.

L'appelant a interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (la Cour d'appel). MacFadden n'a pas interjeté appel. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de sa déclaration de culpabilité, dans des motifs de jugement rendus le 11 septembre 1984 (65 N.S.R. (2d) 1). L'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, conformément à l'al. 618(1)(b) du *Code criminel*.

Les faits

En 1968, l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse créait un comité des finances chargé de recueillir des fonds pour le parti. Le comité se composait de l'appelant qui en était le président, et de MacFadden et Simpson qui assumaient principalement les fonctions de percepteur. Le comité a ouvert deux comptes bancaires pour y verser les contributions financières reçues. Les comptes étaient au nom de Cambridge Investments et de J. G. Simpson, en fiducie. Les personnes autorisées à signer étaient Simpson et MacFadden, dans le cas du compte Cambridge, et Simpson et sa secrétaire, dans l'autre cas. Les sommes réunies ou reçues étaient déposées dans ces comptes, puis réparties dans plusieurs fonds en fiducie constitués au cours des années pour les besoins du parti libéral de la Nouvelle-Écosse, et entre divers individus et l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse. C'est l'appelant qui agissait à titre de fiduciaire commun de tous les fonds en fiducie.

Selon l'arrêt de la Cour d'appel, qui n'est pas contesté sur ce point, la preuve, en particulier la preuve documentaire, démontre clairement que l'appelant et ses coaccusés étaient en tout temps au fait de tous les déplacements de fonds dans les deux comptes bancaires. Une comptabilité minutieuse était tenue pour les deux comptes et aucune somme retirée des comptes ou des divers fonds en fiducie n'a été dépensée par l'appelant ou ses deux

expended by the appellant or his two co-accused for their own use or benefit. The evidence also revealed a close relationship between the members of the Committee, as well as a close connection between the committee members and government officials from whom they received information relating to such matters as the identity of those who were doing business with the Government of Nova Scotia.

In October of 1970, the liberal party defeated the then Government of Nova Scotia in a general election and formed the new government which held power until 1978. During the period from 1970 to 1978, the Committee collected contributions amounting in total to \$3,836,468.13, of which \$2,770,773.52 was deposited in one bank account and \$1,065,694.61 in the other. A police investigation commenced in the autumn of 1978 resulted in the seizure of many documents from government departments and agencies and also from several wineries, distilleries and other corporations. The evidence revealed that the contributions made by liquor and wine companies dealing with the government were based on a fixed amount per case of products sold to the Government. Other companies doing business with the government paid a percentage of monies they received from government work which ranged from three to five per cent.

The theory of the Crown was that the monies contributed to the Committee were not, in fact, bona fide political contributions but were payments made by them to ensure the continuation of their business relationship with the Government. To secure these contributions, the appellant and his two accused, out of their desire to support the liberal party in Nova Scotia, agreed among themselves to "peddle their influence with the Government" to the various companies doing business with the Government. The appellant defended on the basis that his character and reputation refuted the charge against him. It was said that the whole case for the Crown was an attempt to involve the appellant in conduct of the co-accused Simpson in which he was in no way involved. The appellant did not contend before the Court of Appeal, nor

coaccusés pour leur propre usage ou profit. La preuve a également révélé l'existence de rapports étroits entre les membres du comité eux-mêmes, et entre les membres du comité et les fonctionnaires du gouvernement qui les renseignaient notamment sur l'identité de ceux qui faisaient affaire avec le gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

b

En octobre 1970, le parti libéral défaisait le gouvernement de la Nouvelle-Écosse de l'époque à la suite d'une élection générale et formait le nouveau gouvernement qui demeura au pouvoir jusqu'en 1978. De 1970 à 1978, le comité a perçu des contributions totalisant de 3 836 468,13 \$, dont 2 770 773,52 \$ ont été déposés dans un compte bancaire et 1 065 694,61 \$ dans l'autre. Une enquête policière, ouverte à l'automne 1978, a conduit à la saisie de nombreux documents de ministères et organismes gouvernementaux ainsi que de plusieurs établissements vinicoles, distilleries et autres sociétés. Il est ressorti de la preuve que les contributions des compagnies d'alcool et de vin faisant affaire avec le gouvernement étaient basées sur un montant fixe par caisse de produits vendus au gouvernement. D'autres compagnies faisant affaire avec le gouvernement versaient un pourcentage des sommes reçues pour les travaux effectués pour le gouvernement, lequel pourcentage variait de trois à cinq pour cent.

Selon la théorie du ministère public, les contributions remises au comité n'étaient pas, en fait, de véritables contributions politiques, mais plutôt des paiements pour assurer le maintien de leurs relations d'affaires avec le gouvernement. Pour obtenir ces contributions, l'appelant et ses deux coaccusés, dans le but de venir en aide au parti libéral de la Nouvelle-Écosse, avaient convenu entre eux de [TRADUCTION] «faire le trafic de leur influence auprès du gouvernement» en faveur des diverses compagnies faisant affaire avec celui-ci. L'appelant s'est défendu en faisant valoir que sa moralité et sa réputation réfutaient l'accusation portée contre lui. On a dit que toute la preuve du ministère public n'était rien d'autre qu'une tentative d'impliquer l'appelant dans les agissements de son coaccusé Simpson, avec lesquels il n'avait absolu-

does he in this Court, that the verdict of the jury was unreasonable or could not be supported by the evidence. He raised four grounds of appeal before the Court of Appeal and raised the same grounds in this Court. They are set out hereunder:

1. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that the learned Trial Judge's examination under oath of members of the jury panel on April 5, 1983 in the absence of the appellant (and his counsel) did not vitiate the appellant's trial.

2. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that the Nova Scotia Liberal Association is a "person" within the meaning of Section 110(1)(d) of the *Criminal Code of Canada*.

3. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that the learned Trial Judge's instructions to the jury, referable to the co-conspirators' exception to the hearsay rule were correct.

4. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that no miscarriage of justice was occasioned as a result of the learned Trial Judge's failure to instruct the jury as to the use, in law, that could be made of evidence of Senator Barrow's good character.

I will address the grounds in that order.

Right to Presence at Trial (s. 577(1) of the *Criminal Code*)

On April 5, 1983, the appellant and MacFadden were arraigned before a panel of jurors and pleaded not guilty. The trial judge, following what he described as "the ordinary procedure", then invited members of the panel to claim exemptions from jury service on grounds which included partiality as between the Crown and the accused. He said:

Members of the Jury Panel, you've just witnessed the procedure under which the two accused persons in this case, have been arraigned and you've heard the charge against them, and you've also heard their pleas of not guilty to the charge, in each case. Now, we will later this morning, be proceeding to select a Jury of twelve, who will try this case, which I may say, is the only case on the docket for which you have been called. It's usual at

ment rien à voir. L'appelant n'a pas soutenu devant la Cour d'appel, pas plus qu'il ne l'a fait devant nous, que le verdict du jury est déraisonnable ni qu'il ne peut être étayé par la preuve. Il soulève les mêmes quatre moyens d'appel dont il a excipé en Cour d'appel. Les voici:

[TRADUCTION] 1. L'appelant fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger que l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés auquel a procédé le juge de première instance le 5 avril 1983, en l'absence de l'appelant (et de son avocat) n'entachait pas de nullité le procès de l'appelant.

2. Il fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger que l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse était une «personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel du Canada*.

3. Il fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger que les directives du juge de première instance au jury, au sujet de l'exception à la règle du oui-dire dans le cas des parties à un complot étaient appropriées.

4. Il fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger qu'aucune erreur judiciaire n'a résulté de l'absence de directives du juge de première instance au jury sur l'usage qui, en droit, pouvait être fait de la preuve de bonne moralité du sénateur Barrow.

Je vais traiter dans cet ordre les moyens invoqués.

Le droit d'être présent à son procès (par. 577(1) du *Code criminel*)

Le 5 avril 1983, l'appelant et MacFadden ont été interpellés devant les membres du tableau des jurés et ont plaidé non coupable. Le juge de première instance, se conformant à ce qu'il a appelé [TRADUCTION] «la procédure ordinaire», a alors invité les membres du tableau à demander une dispense, le cas échéant, notamment pour cause de partialité envers le ministère public ou les accusés. Il leur a dit:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs du tableau des jurés, vous venez d'assister à la procédure d'interpellation, dans ce cas-ci, de deux accusés; vous avez entendu l'accusation portée contre eux et vous avez aussi entendu leur plaidoyer de non-culpabilité dans les deux cas. Bon, nous procéderons plus tard ce matin à la formation d'un jury de douze personnes qui auront à juger cette affaire qui, si je puis me permettre, constitue la seule au rôle

this time, however, to invite members of the Jury panel to come forward and claim exemption if there's any circumstance, such as relationship to one of the accused, or other involvement with the case, that would prevent the Juror from serving impartially in the case. To that usual call for exemption claims, there are several matters I must add in this case. The first is, that there has been in the press and in the broadcast media considerable publicity about this case and I advise you that if exposure to that publicity in your opinion, would operate to prevent you from being impartial in this case, then you should come forward on that ground, as well as the others I've mentioned and claim exemption, and the other matter that I want to bring to your attention in inviting claims for exemption, is that it's anticipated that this case will last from four to six weeks and that, in some instances, may create special hardship and that can be a basis on which you may now claim exemption. So, with those words of explanation I invite persons claiming exemption in this case, now to come forward. You will be sworn and I will consider the basis of your claim and deal with it.

The trial judge then swore the individual claimants and considered their claims for exemption, doing so in the courtroom but out of hearing of the accused or his counsel. Counsel for the appellant commented on this procedure in response to an invitation by the trial judge:

I have just one very respectful submission to make to your Lordship. I realize there may be some very personal claims for exemption that would be none of my business, and I wouldn't want to listen to it, but since your Lordship invited the members of the Jury who might feel that they couldn't be impartial by reason of publicity to claim exemption on that basis, if some claim for exemptions made on that basis, I am wondering whether, my Lord, that shouldn't be a claim that we should be able to listen to. I am in your Lordship's hands as to that.

The trial judge replied:

I'm prepared Mr. Cooper to note in those instances what the ground of exemption is, but beyond that, I don't think we should depart from the ordinary procedure.

pour laquelle vous avez été assignés. Toutefois, il est d'usage, à ce moment-ci, d'inviter les membres du tableau des jurés à s'avancer et à demander une dispense si, pour une raison ou une autre, comme par exemple l'existence d'un lien de parenté avec l'un des accusés ou quelque autre implication dans cette affaire, le juré ne peut exercer cette fonction avec impartialité. Aux demandes de dispense habituelles, je me dois d'ajouter plusieurs autres choses en l'espèce. En premier lieu, la presse tant écrite que parlée a donné une publicité considérable à cette affaire, aussi est-il de mon devoir de vous dire que si l'influence de cette publicité, à votre avis, est de nature à vous empêcher d'être impartial dans cette affaire, vous devriez, autant pour ce motif que pour les autres que je viens de mentionner, vous avancer et demander une dispense; et l'autre point sur lequel je veux attirer votre attention, en vous invitant à demander une dispense, est que l'on s'attend à ce que ce procès dure de quatre à six semaines et que, dans certains cas, cela puisse occasionner des difficultés particulières, ce qui peut être une raison de demander, maintenant, une dispense. Bien, c'est avec ces explications que j'invite maintenant ceux qui veulent demander une dispense à s'avancer. Vous allez prêter serment, puis je vais examiner le fondement de votre demande et statuer sur celle-ci.

Le juge de première instance a alors fait prêter serment à ceux qui demandaient une dispense, puis il a examiné leur demande dans la salle d'audience, mais sans que l'accusé et son avocat puissent les entendre. À l'invitation du juge, l'avocat de l'appellant a formulé des observations concernant cette procédure:

[TRADUCTION] Je n'ai qu'une observation, très respectueuse, à faire votre Seigneurie. Je comprends qu'il puisse y avoir des demandes de dispense fort personnelles qu'il ne m'appartient pas de connaître, et je ne veux pas les entendre, mais puisque votre Seigneurie a invité les membres du jury qui pourraient se sentir incapables d'être impartiaux en raison de la publicité qui a entouré cette affaire, à demander une dispense, si certains devaient demander une dispense pour cette raison, je me demande si, votre Seigneurie, nous ne devrions pas être autorisés à les entendre. Je m'en remets à votre Seigneurie à cet égard.

Ce à quoi le juge a répondu:

[TRADUCTION] Je suis prêt, M^c Cooper, à prendre note dans ces cas du motif de la dispense mais, pour le reste, je ne pense pas que nous devrions nous écarter de la procédure habituelle.

He proceeded to hear claims for exemption, still out of hearing of the appellant and his counsel. In the end, he granted thirty-six exemptions from service. No reasons were given for the exemptions of thirty-two of the jurors, but the judge gave reasons in respect of the remaining four in these terms (the jurors' names are omitted):

#85 ... is excused on the ground of his association with the accused persons in this case. It's not necessary ... that you remain here.

#11 ... is excused on the ground of familiarity with the publicity concerning the case and his relationship to a minister of government.

#34 [is excused as he] served on the Grand Jury that dealt with this case.

#75 ... is excused on the ground that he feels that he cannot be impartial in his case because of the nature of the case.

Jury selection then began from the remaining panel members. Each one was challenged for cause. The appropriate procedures for such challenges provided for in the *Criminal Code* were followed and no objection has been made on that ground. As a result, each juror who was empanelled to try the accused's case had been challenged for cause according to law and had survived the challenge. On the basis of these facts, the appellant's first ground is advanced.

The appellant submits that his right under s. 577 of the *Criminal Code* to be "present in court during the whole of his trial" was violated when the trial judge examined jurors for partiality out of hearing of the accused and his counsel. This submission raises two issues: (1) Was the accused present during the examination of the panel members claiming exemption? (2) Was the examination of those claiming exemption conducted "during" the trial? With respect to the first issue, I agree with the Court of Appeal and counsel for the appellant that the accused was not present when the trial judge conducted his examination of persons claiming exemption. "The presence of the accused means not merely that he must be physically in attendance, but also that he must be capable of understanding the nature of the proceedings": *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337. Although the appellant was physically present

Il a alors procédé à l'audition des demandes de dispense, toujours sans que l'appelant et son avocat ne puisse entendre ce qui se disait. Finalement, il a accordé trente-six dispenses. Le juge n'a fourni aucune raison pour les dispenses de trente-deux jurés, mais, pour les quatre derniers, il a donné les motifs suivants (les noms des jurés sont omis):

[TRADUCTION] Il y a dispense en faveur du n° 85 en raison de ses rapports avec les accusés. Votre présence n'est plus requise.

Il y a dispense en faveur du n° 11 en raison de ce qu'il a appris par suite de la publicité qui a entouré l'affaire et de ses rapports avec un ministre du gouvernement.

Il y a dispense en faveur du n° 34, celui-ci ayant siégé au grand jury qui a été saisi de l'affaire.

Il y a dispense en faveur du n° 75 pour le motif qu'il se sent incapable d'être impartial dans cette affaire vu la nature de celle-ci.

On a alors procédé à la formation du jury en puisant parmi les membres restants du tableau des jurés. Ils ont tous fait l'objet d'une récusation motivée. La procédure prévue dans le *Code criminel* pour ces récusations a été respectée, sans qu'aucune objection ne soit faite à ce sujet. Il en résulte que chaque juré choisi pour juger les accusés a fait l'objet d'une récusation motivée conformément à la loi, laquelle récusation a été jugée non fondée dans chaque cas. Se basant sur ces faits, l'appelant fait valoir son premier moyen.

L'appelant soutient que son droit, en vertu de l'art. 577 du *Code criminel*, d'être «présent en cour pendant tout son procès» a été violé lorsque le juge a interrogé les jurés pour vérifier leur impartialité, sans que l'accusé et son avocat ne puissent les entendre. Cet argument soulève deux questions: (1) L'accusé était-il présent au cours de l'interrogatoire des membres du tableau des jurés qui demandaient une dispense? (2) L'interrogatoire de ceux qui demandaient une dispense a-t-il eu lieu «pendant» le procès? Pour ce qui est de la première question, je reconnais avec la Cour d'appel et l'avocat de l'appelant que l'accusé n'était pas présent lorsque le juge a interrogé ceux qui demandaient une exemption. [TRADUCTION] «La présence de l'accusé ne signifie pas simplement qu'il doit être physiquement présent, cela signifie aussi qu'il doit pouvoir comprendre la nature de la procédure en cours»: *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B.

during the trial judge's examination of the jurors, neither he nor his counsel was permitted to hear the examination. It is, therefore, clear that the accused was not "present" in any effective sense.

The second issue is more difficult than the first and depends upon the meaning of the expression, the "whole of the trial", in s. 577. The word "trial" was considered by this Court in *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730. In that case, the Court was asked to determine when a jury trial commences for the purposes of s. 573 of the *Criminal Code*, which provides for the discharge of a juror by the trial judge "in the course of a trial". The trial judge in the case discharged a juror after the jury had been empanelled and sworn, and pleas of not guilty entered, but before the accused had been put in the jury's charge and before the Crown was called upon to present its case. The Court, *per* Dickson J. (as he then was) held, at pp. 741-42, that for the purposes of s. 573 the trial commences when the accused has been placed in charge of the jury. However Dickson J. had earlier noted that the meaning of the word trial varies with the language of the section in question and with the circumstances. He stated, at p. 740, that:

First, the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied. Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

The meaning of the expression "the whole of the trial" will therefore depend upon the language of s. 577, the principles underlying the section and the circumstances of the case. A circumstance of particular importance in this case is the nature of the

337. Certes, l'appelant était physiquement présent pendant que le juge interrogeait les jurés, mais ni lui ni son avocat ne se sont vu permettre d'entendre ce qui se disait. Il est donc clair que l'accusé n'était pas vraiment «présent» au sens véritable.

Il est plus difficile de répondre à la seconde question qu'à la première et cette réponse dépend du sens de l'expression «pendant tout son procès» que l'on trouve à l'art. 577. La Cour s'est déjà penchée sur le terme «procès» dans l'arrêt *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730. Dans cette affaire, on demandait à la Cour de déterminer quand commence un procès devant jury aux fins de l'art. 573 du *Code criminel*, qui prévoit que le juge peut libérer un juré «au cours d'un procès». Le juge de première instance, dans cette affaire, avait libéré un juré après que le jury eut été formé et assermenté et que des plaidoyers de non-culpabilité eurent été inscrits, mais avant que le sort des accusés ait été confié au jury et que le ministère public ait été appelé à faire sa preuve. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) s'exprimant au nom de la Cour, conclut, aux pp. 741 et 742, que pour les fins de l'art. 573, le procès commence lorsque l'accusé a été confié au jury. Cependant, le juge Dickson avait rappelé auparavant que le sens du terme «procès» varie selon le texte de l'article en cause et selon les circonstances. Il dit, à la p. 740:

Premièrement, le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique. Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui s'applique.

Le sens de l'expression «pendant tout son procès» sera donc fonction du texte de l'art. 577, des principes sous-jacents à cet article et des circonstances entourant l'espèce. Une circonstance qui revêt une importance particulière en l'espèce est la

communications or proceedings from which the accused was excluded.

The meaning of "trial" in s. 577 of the *Criminal Code* and the principles underlying the section were considered by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Hertrich*, (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.) Speaking for a unanimous court, Martin J.A. outlined the general approach to s. 577, at p. 527:

Generally speaking, the trial of an accused does not commence until after plea: see *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258 at p. 268. However, "trial" for the purpose of the principle that an accused is entitled to be present at his trial clearly includes proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty.

Later, at p. 537, he added:

... the characterization of a proceeding as a part of the trial in relation to the accused's right to be present at the proceeding would seem to depend upon whether his exclusion from the proceeding violates his right to be present so that at all times he may have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests. [Emphasis added.]

The general approach developed by the Court of Appeal was expressly adopted by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, at p. 10, in a case where the trial judge interviewed jurors in his chambers in the absence of the accused or counsel, but after they had been sworn and had heard evidence.

While anything that occurs in the course of the courtroom proceedings which could involve the accused's vital interests should constitute part of the trial, it is clear that not every step in the long process leading to the ultimate verdict will be part

nature des propos échangés ou de la procédure dont l'accusé a été exclu.

La Cour d'appel de l'Ontario a examiné le sens du terme «procès» à l'art. 577 du *Code criminel* et les principes sous-jacents à cet article, dans son arrêt *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.) Au nom d'une cour unanime, le juge Martin expose, à la p. 527, la façon générale d'aborder l'art. 577:

[TRADUCTION] En règle générale, le procès d'un accusé ne commence qu'après le plaidoyer: voir *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258, à la p. 268. Toutefois, le terme «procès», aux fins du principe selon lequel un accusé a le droit d'être présent à son procès, inclut manifestement les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir-dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable.

Plus loin, à la p. 537, il ajoute:

[TRADUCTION] ... la qualification d'une procédure comme faisant partie intégrante du procès, par rapport au droit de l'accusé d'être présent pendant qu'elle se déroule, semble dépendre de la question de savoir si son exclusion de cette procédure a pour effet de violer son droit d'être présent de manière à pouvoir, en tout temps, avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux. [Je souligne.]

La Cour a adopté expressément le point de vue général de la Cour d'appel dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, à la p. 10, une affaire où le juge de première instance avait interrogé des jurés dans son cabinet en l'absence de l'accusé ou de son avocat, mais après qu'ils eurent prêté serment et eurent été saisis de la preuve.

Si tout événement survenu à l'audience qui est susceptible de mettre en cause les intérêts vitaux de l'accusé devrait faire partie intégrante du procès, il est néanmoins clair que ce ne sont pas toutes les étapes du long processus qui conduit

of the trial for the purposes of s. 577. As Martin J.A. stated in *Hertrich*, *supra*, at p. 529:

Manifestly, however, not everything that occurs during a trial is a part of the trial. Zuber J.A., speaking for this court, in *R. v. Grimba*, *supra*, said at p. 574 C.C.C., p. 744 D.L.R., p. 548 O.R.:

The Crown points out, however, that improper exclusion from the court-room by itself does not contravene s. 577. Something must transpire in the court-room which can be said to be a part of the trial. Obviously, if following the exclusion of the appellant for his misconduct, the Court had recessed for a time and then resumed in his presence, the appellant could not claim that he was not present during his trial. In *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n, Casey J. of the Quebec Court of Appeal put the question as follows at p. 17:

“Our problem is whether the Court proceeded, whether it did anything of a nature to advance the case, in the absence of the appellant. If it did not appellant’s argument must be rejected; if it did the conviction must be quashed.”

Subsequent cases have repeated this question and have used the phrase “advance the case”: *Collin v. The Queen* (1968), 5 C.R.N.S. 201, [1968] Que. Q.B. 340n. I cannot think that this phrase was intended to be definitive. It is one way of putting the essential question of whether or not the trial continued and it is of little consequence whether the continuance embraced the adduction of evidence, the presentation of argument, rulings on evidentiary points, the address to the jury, etc.

I accept the remarks of Zuber J.A. and would add that during the course of the trial things may occur that, although in one sense part of the trial, cannot reasonably be considered to be a part of the trial for the purpose of the present principle, because they cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial, or the issue of guilt or innocence.

Later, at p. 539, he added:

Obviously, as previously indicated, not every communication between the judge and the jury or a juror that may occur during the trial is a part of the trial. For example, the mere communication by the judge to the jury in the absence of the accused of an administrative decision that he has made, that if the jury were unable

ultimement au verdict, qui font partie du procès aux fins de l’art. 577. Comme le juge Martin l’affirme dans l’arrêt *Hertrich*, précité, à la p. 529:

[TRADUCTION] Manifestement, toutefois, ce n’est pas tout ce qui se produit au cours d’un procès qui en fait partie intégrante. Le juge Zuber, s’exprimant au nom de la cour dans l’arrêt *R. v. Grimba*, précité, dit à la p. 574, C.C.C., p. 744 D.L.R., p. 548 O.R.:

Le ministère public souligne cependant qu’une exclusion irrégulière du prétoire ne contrevient pas en soi à l’art. 577. Il doit se passer quelque chose à l’audience qu’on puisse qualifier de partie intégrante du procès. De toute évidence si, après avoir expulsé l’appelant pour inconduite, la cour ajourne pendant quelques instants pour reprendre la séance en sa présence, l’appelant ne saurait prétendre qu’il n’a pas été présent au cours de son procès. Dans l’arrêt *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, le juge Casey de la Cour d’appel du Québec énonce ainsi la question, à la p. 17:

«Notre problème est de savoir si la Cour a procédé, si elle a fait quelque chose de nature à faire avancer l’affaire, en l’absence de l’appelant. Si ce n’est pas le cas, l’argument de l’appelant doit être rejeté; si c’est le cas, la déclaration de culpabilité doit être annulée.

La jurisprudence subséquente réitère cette question et utilise l’expression «faire avancer l’affaire»: *Collin v. The Queen* (1968), 5 C.R.N.S. 201, [1968] B.R. 340n. Je ne puis croire qu’on a voulu conférer à cette expression un caractère définitif. C’est une façon de poser la question essentielle de savoir si le procès se poursuivait; il importe peu que la poursuite du procès ait comporté la présentation d’éléments de preuve et de plaidoiries, des décisions sur des questions de preuve, l’exposé au jury, etc.

J’accepte les remarques du juge Zuber et j’ajouterais qu’au cours du procès certains événements peuvent se produire qui, quoique en un sens ils fassent partie du procès, ne peuvent raisonnablement être considérés comme en faisant partie pour les fins du présent principe, parce qu’on ne peut raisonnablement considérer qu’ils ont un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l’innocence.

Plus loin, à la p. 539, il ajoute:

[TRADUCTION] De toute évidence, comme je l’ai indiqué précédemment, ce ne sont pas tous les propos qui peuvent être échangés entre le juge et le jury ou un juré, au cours du procès, qui en font partie. Par exemple, la simple communication par le juge au jury, en l’absence de l’accusé, d’une décision administrative qu’il a prise,

to reach a verdict, they would go to a hotel that night and resume deliberations the next day, is not a violation of s. 577: see *R. v. Hamilton* (1980), 58 C.C.C. (2d) 467. And in the present case, for example, the communication by the deputy sheriff to the judge of the information with respect to the anonymous telephone call, and the preliminary in-chambers conference with counsel to determine the necessity for an inquiry and the form that it should take clearly did not constitute part of the trial.

Applying these principles, the issue before us is whether the judge's examination of members of the jury panel for partiality, prior to selection of the jury to try the case, constituted part of the trial, in that it involved the accused's vital interests and could reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial and the issue of guilt or innocence.

The courts have consistently held that after the jury has been empanelled an examination of a juror for partiality by the trial judge in the absence of the accused violates the accused's rights under s. 577 of the *Criminal Code*. In *R. v. Côté and Vézina*, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155 (hereinafter cited to C.C.C.), the trial judge received notes from two of the jurors alleging that two of the other jurors were being or had been influenced by one of the accused. The trial judge informed the accused and their counsel of these communications and attempted to obtain their consent to interview privately the two jurors who had sent the notes. After failing to obtain their consent, he decided to interview the two jurors before a court reporter but in the absence of the accused and counsel. Following the interviews, the trial judge was satisfied that there was no foundation for the allegations and informed counsel that "there is no valid reason that the jury cannot, will not, be able to or should not continue its deliberations in order to arrive at their verdict". The trial proceeded and the accused were convicted.

On appeal, the majority of the Court of Appeal (Owen and Malouf J.J.A.) found that the interviews violated the accused's rights under s. 577

portant que si le jury était incapable d'arriver à un verdict, il passerait cette nuit-là à l'hôtel pour reprendre ses délibérations le jour suivant, ne viole pas l'art. 577: voir l'arrêt *R. v. Hamilton* (1980), 58 C.C.C. (2d) 467. Et en l'espèce, par exemple, la communication par le shérif adjoint au juge du renseignement au sujet de l'appel téléphonique anonyme, et la conférence préliminaire en cabinet avec les avocats, pour déterminer s'il était nécessaire de procéder à une enquête et la forme qu'elle devrait prendre, ne faisaient clairement pas partie du procès.

Appliquant ces principes, la question dont nous sommes saisis est de savoir si l'interrogatoire de certains membres du tableau des jurés, auquel a procédé le juge afin de vérifier leur impartialité, avant la formation du jury de jugement, faisait partie intégrante du procès du fait qu'il mettait en cause les intérêts vitaux de l'accusé et qu'il pouvait raisonnablement être considéré comme ayant un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.

Les tribunaux ont constamment jugé qu'une fois le jury formé, l'interrogatoire d'un juré par le juge, en vue de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé, viole les droits conférés à ce dernier par l'art. 577 du *Code criminel*. Dans l'affaire *Côté c. R.*, [1982] C.A. 419, le juge de première instance avait reçu des messages de deux jurées qui alléguaient que deux autres jurés étaient ou avaient été influencés par l'un des accusés. Le juge informa les accusés et leurs avocats de ces communications et tenta d'obtenir leur consentement à un interrogatoire privé des deux jurées qui avaient rédigé les messages. N'ayant pu obtenir leur consentement, il décida d'interroger les deux jurées en présence d'un sténographe judiciaire, mais en l'absence des accusés et de leurs avocats. Après les interrogatoires, le juge du procès, convaincu que les allégations étaient sans fondement, a informé les accusés «qu'il n'y a aucune raison valable pour laquelle le jury ne peut pas, ne pourra pas ou ne devra pas continuer ses délibérations afin d'arriver à leur verdict». Le procès s'est poursuivi et les accusés ont été reconnus coupables.

En appel, la Cour d'appel à la majorité (les juges Owen et Malouf) a conclu que les interrogatoires violaient les droits conférés à l'accusé par

and ordered a new trial. Owen J.A. stated in his reasons, at p. 160, that:

The right to a trial by an impartial jury is a fundamental one. The accused has the right to be present when the jury is empanelled and the impartiality of prospective jurors is considered. In virtue of the same principle, the accused has the right to be present when an inquiry is conducted to determine whether the impartiality of the jurors has been affected after they have been sworn in and before the verdict has been rendered.

Malouf J.A. in separate reasons stated, at p. 188, that:

The authorities cited in the opinion of my colleague, Mr. Justice Owen, clearly show that such a proceeding is part of the trial. The jurors questioned are the very same persons who, together with the remaining members of the panel, will be called upon to decide the guilt or innocence of each accused. This is an issue vital to each accused. Surely, any matter which could influence the members of the jury in the verdict that they are called upon to render is part of the trial. It is so in this case.

L'Heureux-Dubé J.A., in dissent, was of the view that the interviews were a preliminary investigation for determining the impartiality of the jurors and therefore did not violate s. 577.

The judgment of the Court of Appeal was upheld on appeal to this Court. Lamer J., speaking for a unanimous court, stated, at p. 13:

In this case it is abundantly clear from the written messages that the partiality of jurors was in issue. L'Heureux-Dubé J.A. concluded that this is not so relying in part on what was eventually reported in the transcripts of the exchange between the judge and the jurors in chambers. This analysis, in my respectful view, misses the point. For it is confusing the determination of whether partiality was in issue with the further determination of the issue of partiality. Finding the jurors impartial does not mean that their impartiality was not in issue. It merely means that the issue was determined in favour of their impartiality. The events of this case well illustrate the need for the issue of partiality to be determined in the presence of the accused, specifically when one considers that counsel for the accused argued their motion for a mistrial without knowing what the jurors had to say as regards the partiality of others, not knowing whether the jurors had conveyed to their fellow

l'art. 577 et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Owen affirme dans ses motifs, à la p. 434:

[TRADUCTION] Le droit d'être jugé par un jury impartial est fondamental. L'accusé a le droit d'être présent lors de la formation du jury et de l'examen de l'impartialité d'éventuels jurés. En vertu du même principe, l'accusé a le droit d'être présent lorsqu'une enquête est menée pour déterminer si l'impartialité des jurés a été altérée après leur assermentation, mais avant que le verdict n'ait été rendu.

Le juge Malouf, dans une opinion distincte, dit à la p. 439:

[TRADUCTION] La jurisprudence citée dans l'opinion de mon collègue le juge Owen indique clairement que cette procédure fait partie intégrante du procès. Les jurées interrogées sont ces mêmes personnes qui, avec les autres membres du jury, auront à juger de la culpabilité ou de l'innocence de chaque accusé. C'est là une question vitale pour chaque accusé. Sûrement, tout ce qui peut influencer les membres du jury dans le verdict qu'ils sont appelés à rendre fait partie intégrante du procès. Il en est ainsi en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, était d'avis que les interrogatoires constituaient une enquête préliminaire visant à déterminer l'impartialité des jurées et que, par conséquent, ils ne violaient pas l'art. 577.

L'arrêt de la Cour d'appel a été confirmé lorsqu'on s'est pourvu en cette Cour. Le juge Lamer, au nom de la Cour à l'unanimité, dit à la p. 13:

En l'espèce, il est parfaitement clair, d'après les messages écrits, que la partialité de certains jurés était en cause. Le juge L'Heureux-Dubé conclut que tel n'est pas le cas en se fondant notamment sur ce que rapporte la transcription des conversations qu'ont eu le juge et les jurées dans son cabinet. Cette analyse, à mon avis, porte à faux car elle confond la question de savoir si la partialité des jurés est mise en question avec celle de savoir si les jurés sont impartiaux ou non. En venir à la conclusion que les jurés sont impartiaux ne veut pas dire que leur impartialité n'a pas été mise en cause. Cela veut simplement dire que cette question a été résolue en faveur de leur impartialité. Les événements de cette affaire illustrent bien la nécessité qu'il y avait de résoudre la question de la partialité en présence des accusés, particulièrement si l'on considère que les avocats des accusés ont plaidé leur requête en avortement de procès sans connaître ce que les jurées avaient à dire au sujet de

jurors including the suspects, their suspicions, and not even knowing whether the judge had met with those jurors. I would therefore dismiss the Crown's appeal.

The accused's presence when jurors are interviewed for partiality was also considered in *Hertrich, supra*. The relevant facts in *Hertrich* are conveniently set out in the head-note to 67 C.C.C. (2d) 510, in these terms, at p. 511:

The three accused and two others were tried on a charge of the first degree murder and following a lengthy trial the three accused were convicted. During the trial it was brought to the trial judge's attention that two anonymous telephone calls had been received at the home of one of the jurors and that during one of the calls it was stated that the accused Sk had killed twice before. This juror had then told another juror of the anonymous telephone call. The trial judge brought defence counsel into his chambers and informed him of the information he had received concerning the jurors. Over objection of some of the counsel the trial judge then conducted an inquiry in his chambers in the presence of counsel but in the absence of the accused. Both jurors were examined under oath and indicated that they felt they could still be true to their oath as jurors. The trial judge then brought the two jurors into open court and indicated that what had been said in the anonymous telephone call was not true and he then refused an application by defence counsel for a mistrial. Proceedings were then resumed with the full jury where it was explained that one of the jurors had received an anonymous telephone call, had discussed it with another juror but that there was no suggestion that the call came from anyone associated with the trial and that the trial judge was satisfied that the trial could continue. The trial thereafter resumed.

On appeal, Martin J.A., speaking for the court, held, at p. 539, that:

Each of the opposing views on this question can justly lay claim to both pragmatic and intellectual support. However, in my opinion, after a great deal of careful consideration, the right of the accused to have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests tips the scales in favour of the view that the in-chambers examination of the jurors was part of the trial.

la partialité des autres, sans savoir si ces jurées avaient communiqué leurs soupçons à leurs collègues jurés, y compris aux suspects, ni même sans savoir si le juge avait rencontré ces jurées. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi de Sa Majesté.

La présence de l'accusé lors de l'interrogatoire de jurés pour vérifier leur impartialité a aussi été étudiée dans l'arrêt *Hertrich*, précité. Les faits pertinents de l'affaire *Hertrich* sont bien résumés dans le sommaire du recueil 67 C.C.C. (2d) 510, à la p. 511:

[TRADUCTION] Les trois accusés et deux autres personnes furent jugés pour meurtre au premier degré et, après un long procès, furent reconnus coupables tous les trois. Au cours du procès, on a souligné au juge de première instance que deux appels téléphoniques anonymes avaient été reçus au domicile de l'un des jurés et que, pendant l'un de ces appels, on avait déclaré que l'accusé Sk avait déjà tué deux fois. Ce juré avait alors fait part à un autre juré de l'appel anonyme. Le juge de première instance a fait venir l'avocat de la défense à son cabinet pour lui parler des renseignements qu'il avait obtenus concernant ces jurés. Malgré l'opposition de certains des avocats, le juge a alors procédé à une enquête dans son cabinet en présence des avocats, mais en l'absence des accusés. Les deux jurés ont été interrogés sous serment et ont indiqué qu'ils estimaient pouvoir respecter leur serment de juré. Le juge a alors ramené les deux jurés à l'audience et a déclaré que ce qui avait été dit au cours de l'appel téléphonique anonyme n'était pas vrai, puis il a rejeté la requête de l'avocat de la défense en avortement de procès. L'instance a alors repris devant le jury au complet, auquel on a expliqué que l'un des jurés avait reçu un appel téléphonique anonyme, en avait parlé à un autre juré, mais que rien ne laissait supposer que l'auteur de l'appel était mêlé au procès et que le juge était convaincu que le procès pouvait se poursuivre. Le procès a alors repris.

En appel, le juge Martin a conclu, au nom de la cour, à la p. 539:

[TRADUCTION] Chacune des opinions opposées sur cette question peut, à bon droit, trouver un fondement tant pragmatique qu'intellectuel. J'estime toutefois, après avoir mûrement réfléchi, que le droit de l'accusé d'avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès, qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux, doit prévaloir et faire pencher la balance en faveur de la thèse selon laquelle l'interrogatoire des jurés en cabinet faisait partie intégrante du procès.

I have, therefore, concluded that the examination of the jurors on April 6th was a part of the trial for the purpose of the rule here under consideration. The proceeding involved the vital issue whether the jurors in question were affected by the anonymous telephone calls and whether the appellants could receive a fair trial if those jurors continued to serve on the jury. The appellants were entitled to be present to hear from the jurors' own lips whether they were affected by those telephone calls and whether the calls prevented them from continuing to discharge their duties as jurors.

A similar view was expressed in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (B.C.C.A.) and *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194.

It is therefore clear that the accused's rights, under s. 577 of the *Criminal Code*, will be violated if the trial judge examines a juror for partiality in the absence of the accused after the jury has been empanelled. But, the situation is profoundly different if the trial judge examines jurors for partiality prior to the jury selection process under the *Code*. To appreciate the significance of this difference, it is useful to outline the procedures for summoning and selecting juries. There are two distinct steps involved in providing a jury to try an individual case. The first step involves assembling the jury panel from which individual jurors are to be selected. According to s. 554 of the *Code*, this step is governed by provincial law, which in this case is the *Nova Scotia Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, as amended. The second step is governed by ss. 558 to 571 of the *Code* and involves the selection from the jury panel of a jury to try a particular case.

Considering the initial step in more detail, the *Juries Act* sets out the criteria for qualification for and exemption from jury service. It further details the procedure for assembling jury panels for each jury district in the province. Under the Act, the Attorney General appoints a jury committee for each jury district. The proceedings of the committee are to be conducted in secrecy. Each year, the jury committee randomly selects the names of prospective jurors from voters lists or, if necessary, from tax rolls and other lists of qualified persons.

J'ai donc conclu que l'interrogatoire des jurés le 6 avril faisait partie intégrante du procès aux fins de la règle qui est en cause ici. La procédure comportait un point vital: les jurés en question avaient-ils été influencés par les appels téléphoniques anonymes et les appelants pouvaient-ils subir un procès équitable si ces personnes continuaient d'être membres du jury? Les appelants avaient le droit d'être présents et d'apprendre de la bouche même des jurés si les appels téléphoniques les avaient influencés et si ces appels ne leur permettaient plus de continuer à remplir la fonction de juré.

Une opinion similaire a été exprimée dans l'arrêt *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (C.A.C.-B.), et dans l'arrêt *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194.

Il est donc clair que les droits que confère à l'accusé l'art. 577 du *Code criminel* seront violés si le juge de première instance interroge un juré afin de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé et après la formation du jury. Mais la situation est fort différente si le juge interroge des jurés afin de vérifier leur impartialité, avant la formation du jury selon la procédure prévue par le *Code*. Pour apprécier l'importance de cette distinction, il peut être utile d'exposer la procédure d'assignation et de sélection des jurés. La formation d'un jury chargé d'entendre une affaire donnée comporte deux étapes distinctes. La première étape consiste à constituer le tableau à partir duquel sera sélectionné chaque juré. D'après l'art. 554 du *Code*, cette étape est régie par la loi provinciale applicable qui, en l'espèce, est la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1969, chap. 12 et ses modifications. La seconde étape est régie par les art. 558 à 571 du *Code* et consiste à sélectionner, à même le tableau des jurés, un jury chargé d'entendre une affaire donnée.

Voyons de plus près la première étape: la *Juries Act* énonce les critères d'aptitude et de dispense de la fonction de juré. Il décrit en outre la procédure de constitution des tableaux de jurés pour chaque district de jury dans la province. Selon la Loi, le procureur général nomme une commission du jury pour chaque district de jury. Les procédures de la commission doivent se dérouler en secret. Chaque année, la commission du jury choisit au hasard les noms de jurés éventuels sur les listes électorales ou, si nécessaire, sur les rôles fonciers ou d'autres listes

In selecting the names of persons, the jury committee reviews each name to determine whether the person is both qualified to serve and not exempted from service as a juror. When the list is completed it is certified by the committee and presented to a judge, who must satisfy himself on information given by the jury officer that the jurors have been properly selected and the list properly prepared. If the list is approved by the judge, it becomes the jury list for the district until a new one is prepared. Whenever a jury is required, the judge who is to preside at the session of the court or the chief justice selects at random from the list the number of jurors he thinks necessary to form a jury panel. The names of the jurors selected for the panel are made public four to eight days before the stated date for the appearance of the jury by posting the names in the office of the Prothonotary of the Supreme Court of the jury district.

It can be seen at once that this process of drawing up a jury list and assembling a jury panel for a particular session is designed to create a pool of disinterested jurors. It is a process in which an individual accused plays no part and has no right to intervene except "on the ground of partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or his deputies by whom the panel was returned" (s. 558 of the *Code*). The accused has no interest in the process, save the interest of any citizen in the due administration of the law.

The second step in the procedure involves the selection of the jury from the jury panel. As set out in the *Code*, the name of each juror on the panel is written on a card which is placed in a box by the clerk of the court. The clerk then draws at random one card at a time from the box and calls out the name of the juror on the card. As each juror is called, counsel for the accused or the Crown may challenge the juror for cause on a number of specific grounds enumerated in s. 567, including the ground that "a juror is not indifferent between the Queen and the accused". In addition, counsel for the accused and the Crown may challenge a

de personnes aptes à faire fonction de juré. En choisissant les noms de personnes, la commission du jury passe en revue chaque nom pour déterminer si cette personne remplit les conditions d'aptitude et si elle n'est pas dispensée de la fonction de juré. Une fois la liste complétée, la commission la certifie et la présente à un juge qui doit s'assurer, sur la foi des renseignements que lui donne l'officier de justice responsable du jury, que les jurés ont été sélectionnés et la liste dressée régulièrement. Si le juge approuve la liste, elle devient la liste du jury pour le district jusqu'à ce qu'une nouvelle liste soit dressée. Chaque fois qu'un jury est requis, le juge qui doit présider la session judiciaire ou le juge en chef extrait de la liste, par tirage au sort, le nombre de jurés qu'il estime nécessaire à la constitution d'un tableau des jurés. Les noms des jurés choisis pour former le tableau sont rendus publics de quatre à huit jours avant la date fixée pour la convocation des jurés, par affichage des noms dans le bureau du protonotaire de la Cour suprême du district de jury.

On voit aussitôt que cette procédure de formation, par tirage au sort, d'une liste de jurés dont est extraite un tableau de jurés pour une session donnée vise à constituer une réserve de jurés impartiaux. C'est une procédure dans laquelle un accusé ne joue aucun rôle et n'a nullement le droit d'intervenir, sauf «pour le motif de partialité, de fraude ou de mauvaise conduite volontaire de la part du shérif ou de ses adjoints par qui la liste a été rapportée» (art. 558 du *Code*). L'accusé n'a d'autre intérêt dans cette procédure, que celui que tout citoyen a dans la bonne application de la loi.

La deuxième étape de la procédure comporte la formation du jury à partir du tableau des jurés. Comme l'expose le *Code*, le nom de chaque juré figurant au tableau est inscrit sur une carte que le greffier de la cour place dans une boîte. Ensuite, le greffier tire au hasard les cartes, une à la fois, et procède à l'appel du nom du juré inscrit sur la carte. À l'appel de chaque juré, l'avocat de l'accusé ou du ministère public peut demander sa récusation motivée pour un certain nombre de raisons précises énumérées à l'art. 567, y compris pour le motif «qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé». En outre, l'avocat de l'accusé

fixed number of jurors without cause. This procedure continues until twelve jurors have been selected. During this procedure, the accused has a right to be present and to participate in the process to ensure that the jurors selected are impartial and that his vital interests are protected.

At any stage during the first step in assembling the jury panel a judge "may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of that person", (s. 4(2) of the *Juries Act*). This section (s. 4(2) of the *Juries Act*) gives statutory recognition in provincial law to a practice which has been approved for application in the criminal law by very high authority. In the case of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, the Ontario Court of Appeal (Gale C.J.O., Jessup, Arnup, Dubin and Martin J.J.A.) in a *per curiam* judgment dealt with questions relating to challenges for cause, empanelling of jurors, and the position of the trial judge in assuring impartiality of jurors. The court expressed the view that a fundamental assumption of the jury process, as carried out in Canadian criminal law, was that jurors would observe and follow the direction of the trial judge in reaching their verdict and base their judgment upon the evidence before them and not upon preconceptions on matters of which they had received knowledge before the trial. At trial, counsel for the accused had asked that the trial judge address the jury panel and direct that if any potential juror had any connection with the accused he should declare himself prior to being sworn. The trial judge refused. The Court of Appeal, in considering the whole question of challenges for cause under the *Criminal Code* and the question of partiality of jurors, quoted with approval the apt words of Seaton J.A. in *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513, at p. 519, "an accused is entitled to an indifferent jury not a favourable one". Reference was made as well to the English practice direction (jurors) issued by Lord Widgery C.J. on January 12, [1973] 1 All E.R. 240, in these terms:

et celui du ministère public peuvent récuser péremptoirement un nombre fixe de jurés. Cette procédure se poursuit jusqu'à ce que douze jurés aient été choisis. L'accusé a le droit d'assister et de participer au déroulement de cette procédure pour s'assurer que les jurés désignés sont impartiaux et que ses intérêts vitaux sont protégés.

À tout moment au cours de la première étape, celle de la constitution du tableau des jurés, un juge [TRADUCTION] «peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte (par. 4(2) de la *Juries Act*). Ce paragraphe (le par. 4(2) de la *Juries Act*) légalise en droit provincial une pratique dont l'application en droit criminel a été approuvée par de très hautes instances. Dans l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Gale et les juges Jessup, Arnup, Dubin et Martin), dans un arrêt *per curiam*, s'est prononcée sur les questions des récusations motivées, de la formation du jury et de la position du juge chargé d'assurer l'impartialité des jurés. La cour s'est dite d'avis qu'une présomption fondamentale du système du jury, que l'on trouve en droit criminel canadien, est que les jurés respectent et suivent les directives du juge pour arriver à leur verdict et qu'ils fondent leur jugement sur la preuve qui leur a été soumise et non sur des idées préconçues au sujet de questions dont ils ont eu connaissance avant le procès. Au procès, l'avocat de l'accusé avait demandé au juge de s'adresser aux membres du tableau des jurés pour leur dire que si l'un des jurés en puissance entretenait des rapports quelconques avec l'accusé, il devrait le déclarer avant de prêter serment. Le juge avait refusé. La Cour d'appel, en examinant l'ensemble de la question des récusations motivées prévues par le *Code criminel* et la question de la partialité des jurés, cite en les approuvant les propos fort justes du juge Seaton dans l'arrêt *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513, à la p. 519: [TRADUCTION] «un accusé a droit à un jury impartial, non à un jury favorable». On a aussi mentionné la directive anglaise en matière de procédure (jurés), formulée par le lord juge en chef Widgery, le 12 janvier 1973, [1973] 1 All E.R. 240:

I have to make a practice direction which is made after consultation with the judges of the Queen's Bench and Family Divisions. A jury consists of 12 individuals chosen at random from the appropriate panel. A juror should be excused if he is personally concerned in the facts of the particular case, or closely connected with a party to the proceedings or with a prospective witness. He may also be excused at the discretion of the judge on grounds of personal hardship or conscientious objection to jury service. It is contrary to established practice for jurors to be excused on more general grounds such as race, religion, or political beliefs or occupation.

On the general question of partiality in jurors and the position of a trial judge in these matters, the court said, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out [insuring impartiality of jurors] we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

If there is anyone on this panel who is closely connected with a party to this case or with a witness who is to testify, will you please stand?

(Rarely does anyone respond.) If someone does stand, the trial Judge asks him to come forward (usually to the jury-box), and inquires further as to that person's connection with the case. To take obvious examples, if the juror is the uncle of the accused, or the wife of a witness, or the brother of the investigating police officer, he ought not to serve.

In our view, the trial Judge on his own should excuse that prospective juror from the case, without more ado. The *Criminal Code* makes no express provision for it, but it does not expressly or impliedly forbid it either, and in our view it is in the power of the trial Judge as part of his function of ensuring a fair trial. We think the practice of excusing jurors of obvious partiality is a desirable one in all cases.

And, at pp. 296-97, he said:

Finally, there is Mr. Hamilton's "afterthought" at the trial, that the trial Judge should inquire generally of the panel whether any of them had "any connection with the accused". From our earlier observations as to the appropriate procedure, it follows that in our view it would have been desirable for the trial Judge to have acceded

[TRADUCTION] Il me faut énoncer une directive en matière de procédure, après avoir consulté les juges du Banc de la Reine et des Divisions de la famille. Un jury se compose de douze individus extraits au hasard du tableau approprié. Un juré doit être libéré s'il est personnellement concerné par les faits de l'affaire en cause ou s'il est lié de près à une partie à l'instance ou à un témoin éventuel. Il peut aussi être libéré, à la discrétion du juge, pour cause de difficultés personnelles ou d'objection de conscience à remplir la fonction de juré. Il est contraire à la pratique établie de libérer des jurés pour des motifs plus généraux comme la race, la religion, les convictions politiques ou l'occupation.

Quant à la question de la partialité des jurés et de la position que doit adopter le juge de première instance à ce sujet, la cour affirme, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Pour en venir à l'aspect pratique des modes de mise en œuvre de la procédure [visant à assurer l'impartialité des jurés], nous traiterons d'abord du genre de partialité manifeste que vise la directive anglaise en matière de procédure. Certains juges ont l'habitude de dire aux membres du tableau des jurés, avant que ne commence le processus de sélection, quelque chose comme:

Si l'un d'entre vous est lié de près à une partie à la présente affaire ou à une personne qui doit témoigner, aurait-il l'obligeance de se lever?

(Il est rare que quelqu'un se lève.) Si quelqu'un se lève, le juge lui demande de s'avancer (habituellement jusqu'au banc des jurés) et il s'enquiert plus longuement de ses liens avec l'affaire. Pour prendre des exemples évidents, si le juré est l'oncle de l'accusé ou le conjoint d'un témoin ou le frère du policier enquêteur, il ne devrait pas remplir cette fonction.

À notre avis, le juge devrait de sa propre initiative libérer ce juré éventuel sans plus tarder. Le *Code criminel* ne le prévoit pas expressément, mais il ne l'interdit pas non plus expressément ou tacitement et, à notre avis, le juge a le pouvoir de le faire, de par sa fonction qui consiste à assurer un procès équitable. Nous pensons que la pratique d'accorder une dispense aux jurés dont la partialité est manifeste est souhaitable dans tous les cas.

Et, aux pp. 296 et 297, il dit:

[TRADUCTION] Enfin, il y a «la réflexion après coup» de M^c Hamilton en cours d'instance, selon laquelle le juge devrait s'enquérir auprès des membres du tableau en général pour savoir si l'un d'entre eux a eu «quelque rapport avec l'accusé». De nos observations antérieures sur la procédure appropriée, il découle qu'à notre avis il

to this request, and indeed to have "screened" the panel for what we have called obvious cases of partiality. There is not the slightest suggestion that in fact any juror chosen had any connection whatever with the accused, and we decline to hold that this ruling vitiated the trial. If it were otherwise, most of the criminal trials heretofore held in Ontario have been likewise vitiated.

In my view, the course taken by the trial judge in the case at bar was quite proper and well within the scope of the propositions that emerge from *Hubbert*, which have been set out above. The only question which could be raised to distinguish what occurred in the case at bar is that the trial judge conducted his inquiry in the absence of the accused and his counsel. From the authorities earlier cited, the question is whether the judge's inquiry of panel members as to partiality could affect the vital interests of the accused, touching on the question of guilt or innocence. It is evident from the foregoing review of the *Juries Act* that the questioning of the jurors in the courtroom was a part of the first step of the jury process, that is, the constitution of the jury panel, and comes within the provisions of the *Juries Act*. In interviewing the jurors as he did, the trial judge was exercising powers in relation to the selection of the panel in accordance with what we were told is normal procedure and it is also evident that he was exercising a power known and approved in proceedings under the *Criminal Code*. This is a step in which the appellant has no part and, as has been said, no legal right to intervene. As long as the procedure adopted to constitute the jury panel conforms with the Act and produces a diverse and disinterested group, no vital interest of the accused is affected. As said by Seaton J.A., *supra*, an accused person is entitled at law to have an indifferent rather than a favourable jury. The process by which the *Juries Act* provides for the creation of the jury panel, based on a random choice, from among those members of the community who are eligible for jury service is designed to achieve that objective. That process involved a judicial examination of the jury lists and a judicial discretion to excuse or exempt jurors. Following completion of this process, the accused is entitled to challenge jurors on

eut été souhaitable que le juge acquiesce à cette requête et même «passe au crible» le tableau afin de découvrir ce que nous avons appelé des cas manifestes de partialité. Il n'y a pas la moindre insinuation que l'un des jurés choisis a effectivement eu des rapports avec l'accusé, aussi refusons-nous de juger que cette décision ait eu pour effet d'entacher de nullité le procès. S'il devait en être autrement, la plupart des procès criminels qui se sont déroulés en Ontario auraient de même été entachés de nullité.

À mon avis, la ligne de conduite adoptée par le juge de première instance en l'espèce était tout à fait régulière et conforme aux propositions exposées ci-dessus, qui se dégagent de l'arrêt *Hubbert*. La seule question qu'on pourrait soulever pour distinguer ce qui s'est passé en l'espèce, c'est que le juge de première instance a procédé à son enquête en l'absence de l'accusé et de son avocat. Il ressort de la jurisprudence déjà citée que la question est de savoir si l'enquête du juge visant à vérifier l'impartialité des membres du tableau pourrait avoir une incidence sur les intérêts vitaux de l'accusé, quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence. Il ressort de l'examen de la *Juries Act* fait ci-dessus que l'interrogatoire des jurés, effectué dans la salle d'audience, faisait partie de la première étape du processus de formation du jury, c'est-à-dire la constitution du tableau des jurés, et qu'il est régi par les dispositions de la *Juries Act*. En interrogeant les jurés comme il l'a fait, le juge de première instance exerçait des pouvoirs relatifs à la constitution du tableau, conformément à ce qu'on nous a dit être la procédure normale, et il est aussi évident qu'il exerçait un pouvoir connu et approuvé dans les procédures régies par le *Code criminel*. C'est là une étape où l'appelant ne joue aucun rôle et où, comme je l'ai dit, il n'a nullement le droit d'intervenir. Tant que la procédure adoptée pour la constitution du tableau des jurés respecte la Loi et qu'il en résulte un groupe d'individus hétérogène et impartial, il n'est porté atteinte à aucun intérêt vital de l'accusé. Comme l'a dit le juge Seaton, précité, selon la loi, un accusé a droit à un jury impartial plutôt qu'à un jury favorable. La procédure prescrite par la *Juries Act* pour la constitution du tableau des jurés, fondée sur un tirage au sort parmi les membres de la collectivité admissibles à exercer la fonction de juré, est conçue pour atteindre cet

a variety of grounds, including partiality, as provided in the *Criminal Code*. That is what occurred here. Each juror who served on the jury was challenged for cause under the *Criminal Code* in the presence of the accused and each one survived the challenge. The appellant thus obtained—as nearly as the law can provide—that to which he is entitled, an impartial jury, and participated in those procedures which affected his vital interests. I would reject this ground of appeal.

Is the Nova Scotia Liberal Association a Person?

Is the Nova Scotia Liberal Association a “person” within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*? Section 110(1)(d) of the *Code* upon which the indictment in part is based makes it an offence to offer or agree to accept for himself or another person a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the exercise of influence. It was argued that the main recipient of any alleged benefits was the Nova Scotia Liberal Association, and that the Association is not a “person” within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Code*. I am in agreement with the Court of Appeal that for the purposes of s. 110(1)(d) of the *Code* the Nova Scotia Liberal Association is a person. I accept the reasoning of the Court of Appeal on this point. In my view, the word “person” in s. 110(1)(d) of the *Code* must be read in the light of s. 2 of the *Criminal Code*, which provides, in part:

2. ...

“every one”, “person”, “owner”, and similar expressions include Her Majesty and public bodies, bodies corporate, societies, companies and inhabitants of counties, parishes, municipalities or other districts in relation to the acts and things that they are capable of doing and owning respectively;

The Nova Scotia Liberal Association clearly falls within the meaning of the word “society” in s. 2.

objectif. Cette procédure comporte un examen par le juge des listes de jurés qui ont été dressées et le pouvoir discrétionnaire du juge de libérer certains jurés ou de leur accorder une dispense. Cette procédure terminée, l'accusé a le droit de récuser les jurés pour diverses raisons, dont la partialité, comme le prévoit le *Code criminel*. C'est ce qui s'est passé ici. Chaque juré qui composait le jury a fait, sans succès, l'objet d'une récusation motivée en vertu du *Code criminel*, en présence de l'accusé. L'appelant a ainsi obtenu, autant que le permettait la loi, ce à quoi il avait droit, savoir un jury impartial, et a participé aux procédures qui touchaient à ses intérêts vitaux. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est-elle une personne?

L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est-elle une «personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel*? Aux termes de l'al. 110(1)d) du *Code*, sur lequel l'acte d'accusation est en partie fondé, constitue une infraction le fait d'offrir ou de convenir d'accepter pour soi-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, en considération d'un exercice d'influence. On a soutenu que le principal bénéficiaire de tous les bénéfices allégués était l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse et que cette association n'est pas une «personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code*. Je partage l'opinion de la Cour d'appel que, pour les fins de l'al. 110(1)d) du *Code*, l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est une personne. J'accepte le raisonnement de la Cour d'appel sur ce point. À mon avis, le terme «personne», à l'al. 110(1)d) du *Code*, doit être interprété en fonction de l'art. 2 du *Code criminel*, qui porte notamment:

2. ...

«quiconque», «individu», «personne», «propriétaire» et les expressions similaires comprennent Sa Majesté et les corps publics, les corporations constituées, sociétés, compagnies, ainsi que les habitants de comtés, paroisses, municipalités ou autres districts à l'égard des actes et choses qu'ils sont capables d'accomplir et de posséder respectivement;

L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est clairement visée par le terme «société» de l'art. 2. Il

There was evidence that the Nova Scotia Liberal Association was an active organization, hiring staff, renting premises, receiving and disbursing funds and carrying on general political activities. To hold that the Association was not a "person" and, therefore, not within the purview of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*, would lead to an absurd result and frustrate the obvious purpose of the enactment. I would reject this ground of appeal.

Conspirator's Exception to the Hearsay Rule

The appellant concedes that the charge of the trial judge on the question of the application of the conspirator's exception to the hearsay rule was generally in accordance with the decision of this Court in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. This was also the view of the Court of Appeal which conveniently summarized in three steps, at p. 486, the approach propounded in *Carter*:

1. The trier of fact must first be satisfied beyond reasonable doubt that the alleged conspiracy in fact existed.
2. If the alleged conspiracy is found to exist then the trier of fact must review all the evidence that is directly admissible against the accused and decide on a balance of probabilities whether or not he is a member of the conspiracy.
3. If the trier of fact concludes on a balance of probabilities that the accused is a member of the conspiracy then he or they must go on and decide whether the Crown has established such membership beyond reasonable doubt. In this last step, only the trier of fact can apply the hearsay exception and consider evidence of acts and declarations of co-conspirators done in furtherance of the object of the conspiracy as evidence against the accused on the issue of his guilt.

It was argued for the appellant that while the indictment referred to unnamed conspirators, the Crown's case was that the only members of the conspiracy were the appellant and his two co-accused. Accordingly, in determining beyond a reasonable doubt on all the evidence whether a conspiracy had existed at the first stage of their

ressort de la preuve soumise que l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est un organisme actif, qui embauche du personnel, loue des locaux, reçoit et distribue des fonds et exerce des activités politiques d'ordre général. Prétendre que l'Association n'est pas une «personne» et qu'elle n'est donc pas visée par l'al. 110(1)d) du *Code criminel* mènerait à un résultat absurde et serait contraire à l'objet manifeste de la disposition. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

L'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur

L'appellant reconnaît que les directives du juge de première instance sur la question de l'application de l'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur étaient, en général, conformes à notre arrêt *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. Ce fut aussi l'avis de la Cour d'appel qui, à la p. 486, résume bien, en la divisant en trois étapes, la démarche proposée par l'arrêt *Carter*:

[TRADUCTION]

1. Le juge des faits doit d'abord être convaincu, hors de tout doute raisonnable, que le complot imputé a effectivement existé.
2. S'il est constaté que le complot imputé a existé, le juge des faits doit alors examiner tous les éléments de preuve, directement admissibles contre l'accusé, puis décider si, selon la prépondérance des probabilités, il a participé au complot.
3. Si le juge des faits conclut que, selon la prépondérance des probabilités, l'accusé a participé au complot, il doit alors aller plus loin et décider si le ministère public a établi l'existence de cette participation hors de tout doute raisonnable. Ce n'est qu'à ce dernier stade que le juge des faits peut appliquer l'exception à la règle du oui-dire et considérer les éléments de preuve relatifs à des actes et déclarations d'autres parties au complot, dans la poursuite de l'objet du complot, comme des éléments de preuve jouant contre l'accusé quant à la question de sa culpabilité.

On a soutenu au nom de l'appellant que, quoique l'acte d'accusation fit mention d'autres parties au complot sans les nommer, il ressortait néanmoins de la thèse du ministère public que les seules parties au complot étaient l'appellant et ses deux coaccusés. Par conséquent, pour déterminer hors de tout doute raisonnable en fonction de l'ensem-

deliberations, the jury must necessarily have determined on all the evidence and beyond a reasonable doubt that either MacFadden or the appellant, or both, were members of the conspiracy. It was submitted that this instruction undermined the rationale of the conspirator's exception to the hearsay rule, in that the jury of necessity determined the guilt of one or both of the accused *ab initio* on all the evidence tendered at the trial.

This argument, in my view, is based upon a misunderstanding and misconstruction of this Court's decision in *Carter*. It rests upon the proposition that in taking the first step in the *Carter* case the jury would of necessity have to determine beyond a reasonable doubt the identity of at least two persons involved in the conspiracy. This, in my view, does not follow. It may often be true, that in determining beyond a reasonable doubt the existence of a conspiracy one may also determine the identity of some of the members. On some occasions and in respect of some conspirators it may not be necessary to have resort to the hearsay exception, but this is not always so. It is entirely possible, and not uncommon, to be satisfied beyond a reasonable doubt on all the evidence that a conspiracy for the purposes alleged in the indictment existed while still being uncertain as to the identity of all the conspirators. Once this is understood it becomes evident that there is no substance to the appellant's argument. On this first step what is considered is the existence of the conspiracy, not individual membership. At this point the hearsay exception is inapplicable. This is in accordance with the view expressed by Martin J.A. in *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, in reference to the conspirator's exception to the hearsay rule, where he said, at p. 544:

It only comes into play, however, where there is evidence fit to be considered by the jury that the conspiracy alleged between A and B exists. It is clear that where the fact in issue to be proved is whether a conspiracy exists between A and B, A's acts, or declarations

ble de la preuve soumise si un complot avait existé, au cours de cette première phase de ses délibérations, le jury devait nécessairement avoir conclu, d'après l'ensemble de la preuve soumise et hors de tout doute raisonnable, que soit MacFadden, soit l'appelant, soit les deux à la fois, étaient parties au complot. On a fait valoir que cette directive sapait le fondement même de l'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur, du fait le jury avait nécessairement au départ conclu à la culpabilité de l'un ou des deux accusés en se fondant sur l'ensemble de la preuve soumise au procès.

Cet argument, à mon avis, repose sur une conception et une interprétation erronées de notre arrêt *Carter*. Il se fonde sur la proposition selon laquelle, au cours de la première étape, selon l'arrêt *Carter*, le jury devrait nécessairement établir, hors de tout doute raisonnable, l'identité d'au moins deux parties au complot. À mon avis, ce n'est pas forcément le cas. Il peut souvent arriver qu'en établissant hors de tout doute raisonnable l'existence d'un complot, on puisse aussi établir l'identité de certains des conspirateurs. Dans certains cas et pour certains conspirateurs, il peut ne pas être nécessaire d'avoir recours à l'exception à la règle du oui-dire, mais il n'en est pas toujours ainsi. Il est tout à fait possible et loin d'être rare que l'on soit convaincu hors de tout doute raisonnable, d'après l'ensemble de la preuve soumise, qu'un complot, pour les fins alléguées dans l'acte d'accusation, a existé, tout en demeurant dans l'incertitude quant à l'identité de toutes les personnes qui y ont participé. Une fois qu'on a compris cela, il devient évident que l'argument de l'appelant est sans fondement. Au cours de cette première étape, ce qui est examiné, c'est l'existence du complot, et non pas l'identité de ceux qui y ont participé. À ce stade, l'exception à la règle du oui-dire est inapplicable. Cela est conforme à l'opinion exprimée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, où, au sujet de l'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur, il affirme à la p. 544:

[TRADUCTION] Elle n'entre en jeu, toutefois, que s'il y a des éléments de preuve, qui peuvent être laissés à l'appréciation du jury, que le complot imputé entre A et B existe. Il est clair que, lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'un complot entre A et B, on ne saurait avoir

implicating B cannot be used to prove that B was a party to the conspiracy, in the absence of some other evidence admissible against B to bring him within the conspiracy: see *Savard and Lizotte v. The King* (1945), 85 C.C.C. 254 at p. 262, [1946] 3 D.L.R. 468, [1946] S.C.R. 20 at p. 29.

Where, at this stage, the "evidence fit to go to a jury" does not satisfy the trier of fact according to the criminal standard of proof that the conspiracy existed, it need go no further for no conspiracy has been shown. The remaining steps, as outlined in *Carter*, follow only where the trier of fact has reached its first determination—that the conspiracy exists.

Applying the *Carter* approach to the case at bar, it must be observed that there were three conspirators named and that the evidence directly admissible against each differed in some particulars, particularly in the case of the appellant who had little if any direct contact with the persons doing business with the Government while the other two did. There was evidence upon which the jury could conclude that a conspiracy did exist, and much of the evidence as it would apply to each individual charged would be hearsay. The hearsay exception was therefore available to the Crown, if the jury on a consideration of the evidence directly admissible against each individual had reached, in respect of each of the accused, a conclusion as to membership in the conspiracy. The jury was properly instructed as to their duties in this respect and it is evident that they concluded on both issues, conspiracy and membership, against the appellant.

In argument it was suggested that the *Carter* approach could not apply to an allegation of a conspiracy between two people. Indeed, this seemed to be at the root of the argument advanced on this issue. It was formerly considered, where there were two conspirators only (and no others), that both must be convicted or both acquitted.

recours aux actes de A ou à ses déclarations impliquant B pour prouver que B était partie au complot, en l'absence de quelque autre élément de preuve admissible contre B, qui l'implique dans le complot: voir l'arrêt *Savard and Lizotte v. The King* (1945), 85 C.C.C. 254, à la p. 262, [1946] 3 D.L.R. 468, [1946] R.C.S. 20, à la p. 29.

Lorsqu'à ce stade les «éléments de preuve qui peuvent être laissés à l'appréciation du jury» ne convainquent pas le juge des faits, selon la norme de preuve applicable en matière criminelle, qu'il y a eu complot, il n'a pas à aller plus loin puisque l'existence d'un complot n'a pas été établie. On ne passe aux étapes suivantes, comme il est exposé dans l'arrêt *Carter*, que si le juge des faits a effectué une première constatation: qu'il y a bel et bien complot.

Appliquant la démarche de l'arrêt *Carter* à l'espèce, il faut souligner que trois parties au complot étaient identifiées et que les éléments de preuve directement admissibles contre chacune d'elle différaient à certains égards, particulièrement dans le cas de l'appellant qui, contrairement aux deux autres, n'avait eu que peu ou pas de contacts directs avec ceux qui faisaient affaire avec le gouvernement. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure qu'il y avait bien eu complot, et une grande partie des éléments de preuve produits, en ce qui concerne chaque individu inculqué, était du oui-dire. Le ministère public pouvait donc se prévaloir de l'exception à la règle du oui-dire si le jury, après examen des éléments de preuve directement admissibles contre chaque individu, avait conclu, relativement à chaque accusé, qu'il était partie au complot. Le jury a reçu des directives appropriées quant à ses fonctions à cet égard et il est évident qu'il est arrivé à une conclusion défavorable à l'appellant sur les deux points, savoir le complot et les conspirateurs.

Au cours du débat, on a prétendu que la démarche de l'arrêt *Carter* ne pouvait s'appliquer à une allégation de complot entre deux individus. Il semble même que ce soit là le fondement de l'argument qu'on a fait valoir sur ce point. On estimait autrefois, lorsqu'il n'y avait que deux parties au complot (et personne d'autre), qu'il

This was to avoid an inconsistency in verdicts, to avoid a finding that A was guilty of conspiring with B but that, on the same occasion, B was not guilty of conspiring with A. This problem would not, of course, arise at bar where three accused conspirators were involved but, in any event, in the present state of our law it could not prevail. The former view has been authoritatively rejected in the judgment of the majority of this Court in *Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960. It is not necessary for me to discuss in any detail the majority judgment of Ritchie J. in that case in which he reviewed and distinguished the earlier authorities and made special reference to *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717. He said, at p. 977 [S.C.R.]:

I think it can be taken, that where only two persons are charged with conspiracy and they are separately tried whether or not they are separately indicted, the conviction of one is not necessarily invalidated by the acquittal of the other.

In my view, these words are equally applicable to a case where the two conspirators were jointly charged and jointly tried.

In my view, there is no inconsistency in this position. The apparently inconsistent verdict does not result from the impossible conclusion that A conspired with B to commit a given crime and that B did not conspire with A on the same occasion to commit the same crime, but rather from the fact that there was evidence admissible against A to establish his guilt but no sufficient evidence admissible against B to prove his participation. The fact that upon arrest Mr. A says to the police "Yes, B and I agreed to murder X" will not be admissible against B does not deprive it of its evidentiary force against A.

I would reject this ground of appeal.

Use of Character Evidence

The defence of the appellant at trial was that his good name and reputation refuted the charges. There was a good deal of evidence of the appel-

fallait que les deux soient reconnues coupables ou acquittées. Cela, pour éviter une incompatibilité de verdicts, pour éviter de reconnaître A coupable d'un complot avec B sans que B ne soit coupable de complot avec A. Il va sans dire que ce problème ne se poserait pas en l'espèce, puisque trois personnes sont accusées de complot mais, quoi qu'il en soit, dans l'état actuel de notre droit, l'argument ne saurait être accepté. L'ancien point de vue a été rejeté péremptoirement dans notre arrêt majoritaire *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960. Il ne m'est pas nécessaire d'analyser en profondeur l'opinion majoritaire rédigée par le juge Ritchie dans cette affaire, où il étudie la jurisprudence antérieure, qu'il distingue de l'espèce, et se réfère en particulier à l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717. Il dit, à la p. 977 [R.C.S.]:

À mon avis, on peut considérer maintenant que lorsque deux personnes seulement sont accusées de complot et sont jugées séparément, sur un même acte d'accusation ou non, la déclaration de culpabilité de l'une n'est pas nécessairement invalidée par l'acquiescement de l'autre.

J'estime que ces propos s'appliquent également à une affaire où les deux parties au complot ont été inculpées et jugées conjointement.

À mon sens, il n'y a rien d'illogique dans cette position. Le verdict qui paraît illogique ne résulte pas de l'impossibilité de conclure que A a comploté avec B pour commettre un crime donné et que B n'a pas comploté avec A, à la même occasion, pour commettre le même crime, mais plutôt du fait qu'il existe des éléments de preuve admissibles contre A, qui peuvent établir sa culpabilité, et qu'il n'y a pas d'éléments de preuve suffisants admissibles contre B, pour prouver sa participation. Le fait que M. A ait déclaré à la police, lors de son arrestation, «Oui, B et moi avons convenu d'assassiner X», ne sera pas admissible contre B, mais cela ne supprime pas sa force probante contre A.

Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

Le recours à la preuve de moralité

Au procès, l'appellant a invoqué comme moyen de défense que sa bonne réputation réfutait les accusations. Le jury a été saisi d'un nombre impor-

lant's good character and reputation before the jury. Great stress was placed upon it by the defence and there can be no doubt that it was forcefully brought before the jury. In dealing with this point in his directions to the jury, the trial judge said:

In the case of Senator Barrow, you may take the following evidence into account at the second stage of your deliberations, and you will take it into account against the background of the general matters that I covered at the beginning of my review—what I have described as background evidence, in other words, of Senator Barrow's association with Mr. MacFadden and Mr. Simpson in connection with the financial and other affairs of the Liberal party, and, in the same category, evidence of his association with party figures, including the fact that he was regarded as a senior statesman and adviser whose opinion was respected by the Premier and others. In that same category, you must also take into account the uncontradicted evidence of many witnesses who testified as to the character and reputation of Senator Barrow as a man of honesty and integrity and as to his many unpaid public and charitable endeavours. All of that is background.

In referring to the theory of defence, he also stated:

There are differences in detail in the submissions that were made on behalf of Senator Barrow and those made on behalf of Mr. MacFadden. The position taken on behalf of Senator Barrow was that his character and reputation deny the charge against him, that the whole case for the Crown is an attempt to implicate Senator Barrow in conduct on the part of Mr. Simpson in which he was not involved, that being indicated by the fact that none of the liquor representatives knew Senator Barrow. It's argued on his behalf that no significance can be attached to the finding of some Liquor Commission documents in his possession since he was not a collector. As to the handling of funds, Senator Barrow was merely an administrator.

Counsel for the appellant, in addressing the issue in this Court, acknowledged that in reviewing the evidence for the jury the trial judge related instances where witnesses testified to the appellant's good reputation for integrity and honesty. It was argued, however, that evidence of good char-

tant d'éléments de preuve de la bonne moralité et réputation de l'appelant. La défense a insisté beaucoup sur ce moyen et il ne peut y avoir de doute que le jury ait été fortement invité à en apprécier la valeur. En traitant de ce point dans ses directives au jury, le juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] Dans le cas du sénateur Barrow, vous pourrez tenir compte des éléments de preuve suivants dans la seconde phase de vos délibérations, et vous en tiendrez compte en fonction des généralités que j'ai exposées au début de mon examen et que j'ai qualifiées d'éléments de preuve contextuels, en d'autres termes, de l'association du sénateur Barrow avec M.M. MacFadden et Simpson relativement aux affaires financières et autres du parti libéral et, dans la même catégorie, des éléments de preuve de son association avec des personnalités du parti, y compris le fait qu'il était considéré comme un homme d'État chevronné et un conseiller dont l'opinion était respectée par le Premier ministre notamment. Du même coup, vous devez aussi tenir compte des nombreux témoignages, non contredits, sur la moralité et la réputation du sénateur Barrow qui est considéré comme un homme honnête et intègre, et sur sa participation fréquente à des œuvres charitables ou d'intérêt public, sans rémunération. Tout cela forme le contexte.

Au sujet de la thèse de la défense, il a également affirmé:

[TRADUCTION] Il y a de menues différences entre les arguments qu'on a fait valoir au nom du sénateur Barrow et ceux qu'on a fait valoir au nom de M. MacFadden. La position adoptée au nom du sénateur Barrow était que sa moralité et sa réputation repoussaient l'accusation portée contre lui, que toute la preuve du ministère public n'était qu'une tentative d'impliquer le sénateur Barrow dans les agissements de M. Simpson, alors qu'il n'y a pris aucune part, comme le démontre le fait qu'aucun des représentants des compagnies d'alcool ne le connaissait. On soutient, en son nom, qu'aucune importance ne doit être attachée au fait que certains documents de la Société des alcools ont été trouvés en sa possession, puisqu'il ne faisait pas office de percepteur. Quant à la gestion des fonds, le sénateur Barrow n'était qu'un administrateur.

Au cours du débat devant nous, l'avocat de l'appelant a reconnu, sur ce point, qu'en passant en revue les éléments de preuve soumis à l'appréciation du jury, le juge de première instance avait fait mention des témoignages rendus au sujet de la bonne réputation d'homme intègre et honnête dont

acter is relevant to show that the accused was not likely to commit the crime charged (*R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32, at p. 42) and that this had not been made clear to the jury. It was also argued that the trial judge did not expressly instruct the jury, as a matter of law, on the use to which they could put such evidence. This was said to be a non-direction, particularly because of the importance of the character evidence to the appellant's case. In dealing with this issue, the Court of Appeal said, at p. 16:

Throughout the trial the evidence of the appellant's good character was emphasized. It was referred to by appellant's counsel in his address and the trial judge referred to it several times during his address. The appellant did not testify and accordingly his credibility as a witness was not in issue. While not directly stated by the trial judge we are satisfied that the jury must have been aware that they could consider the evidence as relevant to show that the appellant was not likely to have committed the crime with which he was charged. Having regard to the charge as a whole we are unable to say that any miscarriage of justice occurred as a result of what at best was a technical non-direction.

It is my view, from a perusal of the charge to the jury and of several extracts from the evidence, that the Court of Appeal's comments on this question are apt. There can be no doubt that evidence of the good reputation and character of the appellant was clearly put before the jury. It was emphasized and given fair treatment by the trial judge. I am in full accord on this point with the Court of Appeal. I would therefore reject this ground and for the reasons given above, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, MCINTYRE and LE DAIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

jouissait l'appellant. Toutefois, on a fait valoir que la preuve de la bonne moralité est utile pour démontrer qu'il était peu vraisemblable que l'accusé ait commis le crime imputé (*R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32, à la p. 42) et que cela n'avait pas été clairement dit au jury. On a également soutenu que le juge de première instance n'a pas expressément instruit le jury de l'usage que le droit les autorisait à faire de ces éléments. On y a vu une absence de directive, vu surtout l'importance de la preuve de moralité dans la thèse de l'appellant. En traitant ce point, la Cour d'appel a affirmé, à la p. 16:

[TRADUCTION] Tout au long du procès, on a insisté sur la preuve de la bonne moralité de l'appellant. L'avocat de l'appellant en a fait mention dans sa plaidoirie, ainsi que le juge de première instance, à plusieurs reprises, au cours de ses directives au jury. L'appellant n'a pas témoigné, aussi sa crédibilité à titre de témoin n'est pas en cause. Bien que le juge de première instance ne l'ait pas affirmé directement, nous sommes convaincus que le jury doit avoir eu conscience qu'il lui était loisible de juger que cette preuve démontrait qu'il était peu vraisemblable que l'appellant ait commis le crime dont il était accusé. Compte tenu de l'ensemble des directives au jury, nous ne saurions dire qu'il y a eu erreur judiciaire par suite de ce qui, au mieux, n'est qu'une absence technique de directive.

Je suis d'avis, après examen des directives données au jury et de plusieurs extraits de la preuve soumise, que les observations de la Cour d'appel à ce sujet sont justes. Il ne peut y avoir de doute que le jury a été clairement saisi de la preuve de la bonne réputation et moralité de l'appellant. Le juge de première instance l'a soulignée et traitée équitablement. Je partage entièrement l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Je suis donc d'avis de rejeter ce dernier moyen d'appel et de rejeter le pourvoi pour les motifs précités.

Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE et LE DAIN sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Cooper & Sandler, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.