

Craig Alexander Bain *Appelléant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BAIN

File No.: 21401.

1991: June 26; 1992: January 23.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to impartial tribunal — Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)(a), (b), (c), (e), (f), (2), 570(1), (2).

Criminal law — Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused wishing to know if lawyer hired — Accused asked if father had telephoned — Question answered literally by police and accused not told that lawyer hired by his father — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Evidence — Admissibility — Infringement of right to counsel — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible.

Craig Alexander Bain *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. BAIN

^c N^o du greffe: 21401.

1991: 26 juin; 1992: 23 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé par un tribunal impartial — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)a), b), c), e), f), (2), 570(1), (2).

Droit criminel — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé voulait savoir si les services d'un avocat avaient été retenus — L'accusé a demandé si son père avait téléphoné — Les policiers ont répondu littéralement à la question sans informer l'accusé que son père avait retenu les services d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Preuve — Admissibilité — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles?

The police arrested appellant for sexual assault and informed him of his rights to counsel and to silence. The appellant's father had been unable to retain a lawyer when appellant was taken into custody and was to call when he had retained one. The lawyer, who was retained shortly afterwards, telephoned the police. The police told him of the circumstances of the investigation and that the appellant would probably be released later that day; he in turn told the police officer not to take any statement from the appellant until he was present. Appellant testified that he asked the officer whether his father had called, that he was told that he had not and that he could contact his father later. The officer did not inform the appellant that his father had retained a lawyer or that the lawyer had telephoned. The police officers initiated an interrogation of the appellant. The admissibility of evidence—first, that allegedly given in the police car and, second, that given later during the interrogation conducted after a lawyer had been retained—was disputed. Only the former was admitted at trial.

Appellant was tried before a judge and jury. Following arraignment, but before the first prospective juror was asked to step forward, the court ruled, on a motion by appellant's counsel, that both the Crown and the defence each be limited to four peremptory challenges and that the Crown be denied the power to stand jurors by. The court noted the Crown's objection. The jurors were then selected with both the defence and the Crown exercising their four peremptory challenges.

The jury acquitted the appellant. The Court of Appeal, however, allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The appellant appealed as of right and two constitutional questions were stated: whether ss. 562 and 563 of the *Criminal Code* were inconsistent with s. 11(d) or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether ss. 562 and/or 563 were justified by s. 1. Also at issue was whether the trial judge erred in excluding the statements made after the lawyer had been retained.

Held (Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Sections 563(1) and (2) of the *Criminal Code* were inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*; this violation was not justified under s. 1.

La police a arrêté l'appelant pour agression sexuelle et l'a avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et de son droit de garder le silence. Le père de l'appelant n'avait pu retenir les services d'un avocat lorsque l'appelant a été amené sous garde et il devait téléphoner aux policiers une fois qu'il aurait pu le faire. L'avocat, dont les services ont été retenus un peu plus tard, a téléphoné aux policiers. Ceux-ci l'ont mis au courant des circonstances de l'enquête et du fait que l'appelant serait probablement remis en liberté plus tard dans la journée; à son tour, il a dit au policier de ne prendre aucune déclaration de l'appelant tant que lui-même ne serait pas présent. Selon le témoignage de l'appelant, il a demandé au policier si son père avait appelé, mais celui-ci lui a répondu non et qu'il pourrait lui téléphoner plus tard. Le policier n'a pas informé l'appelant que son père avait retenu les services d'un avocat ou que celui-ci avait téléphoné. Les policiers ont commencé l'interrogatoire de l'appelant. L'admissibilité de la preuve—les déclarations qui auraient été faites dans la voiture de police et celles qui l'ont été pendant l'interrogatoire après que les services d'un avocat eurent été retenus—était contestée. Seules les premières ont été admises au procès.

L'appelant a subi un procès devant un juge et un jury. Après l'interpellation, mais avant que l'on ait demandé au premier candidat juré de s'avancer, la cour a statué, sur requête de l'avocat de l'appelant, que le ministère public et la défense devaient tous deux s'en tenir à quatre récusations péremptoires et que le ministère public n'avait pas le droit d'ordonner la mise à l'écart des jurés. La cour a pris note des objections du ministère public. Les jurés ont alors été choisis, la défense aussi bien que le ministère public exerçant leur droit à quatre récusations péremptoires.

Le jury a acquitté l'appelant. La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel du ministère public et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'appelant s'est pourvu de plein droit et deux questions constitutionnelles ont été formulées: les art. 562 et 563 du *Code criminel* sont-ils incompatibles avec l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Si oui, les art. 562 ou 563, ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier? On se demande également si le juge du procès a commis une erreur en écartant les déclarations faites après que les services de l'avocat eurent été retenus.

Arrêt (les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 563(1) et (2) du *Code criminel* sont incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Per Lamer C.J., La Forest and Cory JJ.: The implementation of the impugned provisions would lead a reasonable person, fully apprised of the Crown's extensive rights in selecting a jury, to conclude that there was an apprehension of bias contrary to s. 11(d) of the *Charter*. This infringement was not justified under s. 1. The ideal of absolute equality is not required by the *Charter*. However a discrepancy of 4.25 to 1 in favour of the Crown, when the Crown's ability to stand by is compared to the accused's right to peremptorily challenge, is so unbalanced that it gives an appearance of unfairness or bias against the accused. These provisions permit the Crown to obtain a jury that would at the very least appear to be favourable to its position rather than an unbiased jury. A criminal trial must be fairly conducted. It cannot be forgotten that it is the jury that must make the ultimate decision as to the guilt or innocence of the accused.

Per Stevenson J.: Section 11(d) of the *Charter* requires that an accused person receive a fair trial by an independent and impartial tribunal. The test for both judicial independence and impartiality is whether the tribunal may be reasonably perceived as such. A jury need not be found to be actually partial before an infringement of the *Charter* is found. The informed observer's perception that the system of selecting jurors impairs impartiality is sufficient. If one party enjoys a greater influence, the observer need only have a reasonable apprehension of partiality.

The disparity between the accused's and the Crown's right to challenge jurors cannot meet the test. The stand by cannot be upheld because it allows the Crown to have a greater role in fashioning the jury. The Crown may take partisan interests into consideration in carrying out that role. The accused's role is thereby significantly diminished, impairing the appearance that the jury is indifferent as between the Crown and the accused. The substantial disparity contained in this legislation exists not in a mere procedure or rule but in the role each party has in choosing the jury.

The peremptory challenge is "purely subjective" and a stand by, which can be exercised until the whole panel has been called, is its equivalent. The Crown, in exercising its stand by power, can achieve a peremptory challenge, effectively deferring a challenge for cause or peremptory challenge. The stand by is not a "deferred

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et Cory: L'application des dispositions contestées amènerait une personne raisonnable, parfaitement informée des nombreux droits que le ministère public peut exercer dans la sélection des jurés, à conclure qu'il y avait crainte de partialité, en contravention de l'al. 11d) de la *Charte*. Cette violation n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. La *Charte* n'exige pas l'égalité absolue. Cependant, un rapport de 4,25 contre 1 en faveur du ministère public, lorsque l'on compare la possibilité pour le ministère public de faire des mises à l'écart avec le droit de l'accusé de récuser péremptoirement, est si peu équilibré que cela engendre une apparence d'injustice ou de partialité contre l'accusé. Ces dispositions permettent au ministère public d'obtenir un jury qui, à tout le moins, semblerait favorable à sa position, plutôt qu'un jury impartial. Un procès criminel doit être équitable. On ne doit pas oublier que c'est le jury qui prendra la décision finale quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé.

Le juge Stevenson: L'alinéa 11d) de la *Charte* exige que l'accusé soit jugé par un tribunal indépendant et impartial au cours d'un procès équitable. Le critère applicable tant à l'indépendance qu'à l'impartialité de la magistrature est de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme tel. Il n'est pas nécessaire de conclure à la partialité réelle d'un jury pour qu'il y ait violation de la *Charte*. Il suffit que l'observateur bien renseigné ait l'impression que le système de sélection du jury porte atteinte à l'impartialité. Si l'une des parties a une plus grande influence, il suffit que l'observateur éprouve une crainte raisonnable de partialité.

La disparité entre le droit de l'accusé et celui du ministère public de récuser les jurés ne saurait satisfaire au critère. La mise à l'écart ne peut être approuvée parce qu'elle permet au ministère public de jouer un plus grand rôle dans la constitution du jury. Le ministère public peut donner suite à des considérations partisans dans l'exercice de ce rôle. Le rôle de l'accusé se trouve donc considérablement amoindri, portant de la sorte atteinte à l'apparence d'impartialité du jury entre le ministère public et l'accusé. La disparité considérable que comportent ces dispositions législatives existe non pas dans une simple procédure ou règle, mais dans le rôle que joue chaque partie dans le choix du jury.

La récusation péremptoire est «purement subjective» et une mise à l'écart, que l'on peut exercer jusqu'à l'appel complet de la liste des jurés, équivaut à une récusation péremptoire. Le ministère public, en exerçant sa faculté de mise à l'écart, peut faire une récusation péremptoire, différant effectivement une récusation

challenge for cause" because, with large jury panels, a juror who is stood by will not be recalled in many cases.

The observer of the process is bound to conclude that, absent some control, the Crown possesses a substantial advantage and can effectively influence the make-up of that jury under partisan considerations. Professed good intentions cannot be relied on such a disparity. The Crown is not uninterested in securing convictions of accused persons. Section 563 provides for the apparent transformation of this interest into reality and so offends s. 11(d) of the *Charter*.

The relative roles of the accused and the Crown in selecting the jury are not comparable to other procedures within the trial process. The jury must be, and must be seen to be, impartial. When the Crown enjoys a tactical advantage, as occurs because of the stand bys, the accused's role in selecting his or her jury is diminished.

The peremptory challenge is not, itself, under attack. It may be used under partisan considerations, and, so long as the right of exercise is proportionate, neither the Crown nor the accused can be said to have an unconstitutional advantage.

The Crown did not establish that this *Charter* breach was demonstrably justified in a free and democratic society. No pressing concern justifying a limitation was demonstrated.

The trial judge correctly excluded the statements. The police, given compliance with the s. 10(b) requirement of advising the accused without delay of his right to counsel, have no correlative duties triggered and cast upon them until the accused, if he so chooses, has indicated his desire to exercise his right to counsel. An accused, once informed of the right to counsel, has the onus of showing the opportunity to contact counsel was denied. Here, the police had a responsibility of doing more than literally answering the appellant's question whether his father had called. A literal response was misleading because the obvious intent of the inquiry was to further the objective of communicating with counsel.

motivée ou encore une récusation péremptoire. La mise à l'écart n'est pas une «récusation motivée différée» puisque, étant donné la longueur des tableaux de jurés, le juré tenu à l'écart ne sera pas rappelé dans bien des cas.

Celui qui observe le processus sera bien obligé de conclure que, en l'absence d'un contrôle quelconque, le ministère public a un avantage considérable et peut effectivement influencer sur la constitution du jury pour des fins partisans. On ne peut pas s'en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité. Le ministère public n'est pas sans être intéressé à obtenir la condamnation de l'accusé. L'article 563 permet apparemment à cet intérêt de recevoir son application dans la réalité, ce qui est incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*.

Les rôles respectifs de l'accusé et du ministère public dans la sélection du jury ne sont pas comparables aux autres formalités propres au procès. Le jury doit être impartial et être perçu comme tel. Lorsque le ministère public jouit d'un avantage tactique, comme c'est le cas en raison des mises à l'écart, le rôle de l'accusé dans le choix de son jury en est diminué.

La récusation péremptoire n'est pas contestée en soi. Elle peut résulter de considérations partisans, mais, pourvu que le droit d'exercice soit proportionnel, on ne peut dire que soit le ministère public soit l'accusé a un avantage inconstitutionnel.

Le ministère public n'a pas prouvé que cette violation de la *Charte* pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. On n'a pas démontré l'existence d'une préoccupation urgente qui justifierait une restriction.

Le juge du procès a eu raison d'exclure les déclarations. Dès lors que la police se conforme à l'al. 10b) en informant aussitôt l'accusé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, aucune autre obligation corrélatrice n'existe ni ne lui est imposée jusqu'à ce que l'accusé, le cas échéant, ait exprimé le souhait d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Une fois avisé de son droit à l'assistance d'un avocat, l'accusé a l'obligation de démontrer qu'il a été privé de la possibilité d'entrer en contact avec un avocat. En l'espèce, la police avait la responsabilité de faire plus que de répondre littéralement à la question de l'appellant quand il a demandé si son père avait téléphoné. Une réponse littérale était trompeuse, car la question témoignait évidemment du souci de l'appellant de communiquer avec un avocat.

Per Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. (dissenting): As regards independence and impartiality of the tribunal in criminal cases, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* are congruent. Section 11(d) of the *Charter* merely enunciates a particular aspect of the general protection against deprivations of the right to life, liberty and security of the person found in s. 7 of the *Charter*. Arguments made under s. 11(d) of the *Charter* apply with equal force to s. 7.

These reasons do not depend on whether Crown peremptory challenges and stand bys are distinguishable or not in practice, and hence it was assumed that they were not.

The apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons applying themselves to the question and obtaining thereon the required information; the grounds for that apprehension must be substantial. An allegation of institutional partiality is serious and generally implies that the legal framework surrounding the institution in question is itself flawed, irrespective of the particular circumstances of the various cases.

In the case at bar, it was not sufficient, for a determination under s. 11(d) of the *Charter*, simply to take notice of the disparity between the Crown and the accused in the jury selection process and then to conclude that a reasonable apprehension of bias arose. The right-minded observer must consider the question and seek information in order to make an informed opinion.

A jury must be representative, impartial and competent. Random selection, which favours representativeness, provides a certain guarantee that the jury will also be impartial, but this is by no means true in all cases. The *Criminal Code* offers to the parties various means of challenging prospective jurors, whether collectively or individually, in order to bolster the impartiality of the jury. A proper jury, by implication, must also be competent. Jurors should also be able to understand the trial, their role in the trial, the evidence that is presented, the principles they have to apply, among other things. Most trials require the same competence as is involved in the daily pursuit of one's affairs, and the ability to speak and understand one of the official languages will suffice. Some trials are more complex and complicated, however, and a tampering with randomness may be appro-

Les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci (dissidents): En ce qui a trait à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal en matière pénale, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* convergent. L'alinéa 11d) énonce simplement un aspect particulier de la protection générale contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7. Les arguments avancés relativement à l'al. 11d) sont aussi valables en ce qui concerne l'art. 7.

Il n'est pas essentiel, dans les présents motifs, de décider s'il y a, en pratique, une différence entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart ordonnées par le ministère public et, par conséquent, il a été tenu pour acquis qu'il n'y en a pas.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet, et les motifs de crainte doivent être sérieux. Une allégation de partialité institutionnelle demeure grave et implique généralement que le substrat juridique de l'institution en question est lui-même entaché, peu importe les faits particuliers des diverses affaires.

Dans la présente espèce, il ne suffisait pas, pour statuer sur l'application de l'al. 11d) de la *Charte*, de simplement prendre judiciairement connaissance de la situation différente entre le poursuivant et l'accusé dans le processus de sélection des jurés, puis de conclure à une crainte raisonnable de partialité. L'observateur sensé doit s'arrêter à la question et prendre les renseignements nécessaires pour éclairer son jugement.

Un jury doit être représentatif, impartial et compétent. La sélection au hasard, qui favorise la représentativité, offre une certaine garantie d'impartialité du jury, mais c'est loin de se vérifier dans tous les cas. Le *Code criminel* offre aux parties divers moyens pour récuser les candidats jurés, collectivement ou individuellement, afin de contribuer à l'impartialité du jury. Un jury adéquat doit également être compétent. Les jurés doivent être en mesure de comprendre, entre autres, le procès, leur rôle dans celui-ci, la preuve produite et les principes qu'ils doivent appliquer. La plupart des procès exigent la même compétence que celle dont doit faire preuve le citoyen en vaquant quotidiennement à ses affaires, et la capacité de parler et de comprendre une des langues officielles suffira. Certains procès sont cependant plus complexes et plus compliqués, et il peut s'avérer néces-

prate to achieve a minimal ability to understand the evidence and issues.

The accused has a fairly clear and circumscribed role in the trial and in the jury selection process. He or she is expected to do nothing more than try to avoid conviction and punishment by asserting his or her rights according to law. The accused, however, has no right to a jury of his or her choice.

The role of the Crown in the jury selection process, as in the trial as a whole, is not only different, but also asymmetrical. The Crown Attorney has a quasi-judicial role and must ensure that the jury is representative, impartial and competent. These qualities, especially impartiality, must not be sought to secure a conviction but rather to select the best jury to try the case. Indeed the Crown Attorney should use the means at his or her disposal to exclude prospective jurors that could be biased in favour of the prosecution, even if the defence is not aware of this fact. Through this role, in conformity with its general duties, the Crown addresses the need to be able to exclude prospective jurors who would not fall under any of the statutory grounds of exclusion but whose presence on the jury would nevertheless impair its impartiality, its representativeness or its competence. It provides the element of flexibility.

The relatively large number of challenges and stand bids given to the Crown is consistent with the need for flexibility in the process. It is not incumbent upon the Court to inquire into the adequacy of the actual numbers contained in the *Code*. They are the result of historical compromises and whether they are still adequate today are questions better left for Parliament to decide.

The possibility of a large number of Crown interventions in jury selection enables the Crown fully to play its role when the situation so requires. The Crown will not exercise all of its four challenges and 48 stand bids merely because it holds them. In fact, a proper exercise of its role would call for restraint. Since the Crown plays this important quasi-judicial role and infuses some flexibility into the jury selection process, it is only normal that the means of exclusion at its disposal also allow some room for manoeuvre. Moreover, the limit of 48 itself is flexible, since upon judicial authorization it can be increased. The well-informed observer would see

saire d'intervenir dans la sélection au hasard pour assurer une aptitude minimale de compréhension de la preuve et des questions en litige.

L'accusé a un rôle assez clair et circonscrit dans le procès et dans le processus de sélection des jurés. L'on ne s'attend pas à ce qu'il fasse autre chose que d'essayer d'éviter la déclaration de culpabilité et la peine en faisant valoir ses droits conformément à la loi. L'accusé n'a cependant pas droit à un jury de son choix.

Le rôle du ministère public dans le processus de sélection des jurés, comme dans l'ensemble du procès, est non seulement différent, mais aussi asymétrique. Le substitut du procureur général joue un rôle quasi judiciaire et a l'obligation de veiller à ce que le jury soit représentatif, impartial et compétent. Ces qualités, surtout l'impartialité, ne doivent pas être recherchées dans le but d'obtenir la déclaration de culpabilité, mais bien dans celui de choisir le jury le plus apte à juger l'affaire. En fait, le substitut du procureur général doit utiliser les moyens dont il dispose pour écarter les candidats jurés qui pourraient avoir un parti pris en faveur de la poursuite, même si la défense ne s'en rend pas compte. En remplissant cette fonction, conformément à ses obligations générales, le ministère public répond au besoin d'exclure les candidats jurés qui ne sont visés par aucun motif de récusation prévu par la loi, mais dont la participation au jury serait néanmoins préjudiciable à son impartialité, sa représentativité ou sa compétence. Là réside l'élément de flexibilité.

Le nombre assez élevé de récusations et de mises à l'écart accordées au ministère public est conforme à la nécessité de flexibilité du processus. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'à-propos des nombres fixés dans le *Code*. Ces nombres résultent de compromis historiques et, qu'ils soient toujours appropriés est une question qui relève du pouvoir législatif.

La possibilité d'un nombre important d'interventions du ministère public dans la sélection du jury permet à ce dernier de bien jouer son rôle quand la situation le commande. Le ministère public n'utilisera pas ses quatre récusations et ses 48 mises à l'écart simplement parce qu'il en a le droit. En fait, il convient qu'il fasse preuve de modération pour bien remplir sa fonction. Comme le ministère public joue cet important rôle quasi judiciaire et insuffle une certaine flexibilité dans le processus de sélection du jury, il n'est que normal que les moyens dont il dispose pour exclure des candidats jurés lui laissent une marge de manoeuvre. Au surplus, la limite de 48 est elle-même flexible, puisqu'elle peut être augmentée avec la permission du tribunal. L'observateur bien

this disparity as a reflection of the asymmetry between the roles of the accused and of the Crown Attorney.

The observer would not see any clear link between the jury selection process and the impartiality of the empanelled jury. Given the dearth of information made available, it is not apparent that parties can influence the verdict by challenging or standing by prospective jurors. Indeed, any attempt to influence the verdict of the jury by hand-picking its members, unless it can be done on such a grand scale as to affect the whole jury, is bound to run against the unanimity requirement, and its efficacy may therefore be highly doubted by the observer. To argue that a mere disparity in the jury selection process suffices to predetermine the verdict and to render the whole trial unfair denies the very essence of the trial. The criminal trial as a whole is an adversarial process, designed to lay before the jury all the evidence and all the arguments that are relevant to its decision. If the verdict could be determined at the jury selection stage, the trial would serve little purpose.

The well-informed observer, knowing the qualities expected in a good jury (impartiality, representativeness and competence), understands the difference between the roles of the accused and the Crown in the jury selection process as well as the tenuous relationship of peremptory challenges and stand-asides with the impartiality of the jury and the fairness of the trial as a whole. Considering these factors, a disparity in the means afforded to the parties does not create in this observer an apprehension that the jury is systematically partial because of the operation of the provisions of the *Criminal Code*.

No evidence was given as to abusive Crown practice. Should Crown abuse occur, it can be adequately dealt with on an individual basis. The court must be mindful that the *Charter's* purpose is the unremitting protection of individual rights. The trial judge must ensure that the prosecution is not abusing its power of stand bys and allay any apprehension as to partiality.

Section 686(1)(b)(iv) (formerly s. 613(1)(b)(iii)) only applies to irregularities in procedure which are so serious in nature that they are deemed to be matters of substance which result in a loss of jurisdiction: annulments for jurisdictional grounds are limited to cases where prejudice to the accused has occurred, provided the court had jurisdiction over the class of offences in ques-

renseigné verrait dans cette disparité le reflet de l'asymétrie entre le rôle de l'accusé et celui du substitut du procureur général.

L'observateur ne verrait pas de lien net entre le processus de sélection et l'impartialité du jury constitué. Il n'est pas évident que les parties sont en mesure d'influencer le verdict en récusant ou en mettant à l'écart des candidats jurés, vu le peu d'information qui leur est communiqué. En effet, toute tentative d'influencer le verdict du jury en triant les membres sur le volet, sauf si elle réussit à déterminer la composition du jury tout entier, va sûrement se heurter à l'exigence de l'unanimité, et son efficacité peut donc être sérieusement mise en doute par l'observateur. Soutenir que la simple inégalité des moyens offerts durant le processus de sélection des jurés suffit à prédéterminer le verdict et à rendre l'ensemble du procès injuste nie l'essence même du procès. Le procès criminel dans l'ensemble constitue un processus contradictoire, conçu pour présenter au jury toute la preuve et tous les arguments pertinents par rapport à la décision qu'il doit prendre. S'il était possible de déterminer le verdict dès l'étape de la sélection des jurés, le procès aurait peu d'utilité.

L'observateur bien renseigné, connaissant les qualités attendues d'un bon jury (impartialité, représentativité et compétence), comprendra la différence entre les rôles de l'accusé et du ministère public dans le processus de sélection des jurés, ainsi que le rapport tenu entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart, d'une part, et l'impartialité du jury et le caractère équitable de l'ensemble du procès, d'autre part. Compte tenu de ces facteurs, la disparité entre les moyens offerts aux parties ne crée pas chez lui de crainte que le jury soit systématiquement partial en raison de l'application des dispositions du *Code criminel*.

On n'a pas fait la preuve d'une pratique abusive de la part du ministère public. Si cela devait se produire, le problème pourrait être réglé au cas pas cas. Le tribunal doit se rappeler que la *Charte* a pour objet la protection constante des droits de chacun. Le juge du procès doit veiller à ce que la poursuite n'abuse pas de son pouvoir de mise à l'écart des jurés et dissiper toute crainte de partialité.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) (auparavant sous-al. 613(1)(b)(iii)) ne s'applique qu'à des irrégularités de procédure dont la gravité est telle qu'elles sont assimilées à des erreurs de fond qui entraînent la perte de compétence: les annulations fondées sur un motif ressortissant à la compétence sont limitées aux cas où un préjudice aurait été causé à l'accusé, à la condition que

tion. Here, the problem was not one of application of the jury selection rules which could have been saved by s. 686(1)(b)(iv). The jury, together with the trial judge, is the court and if the jury is not properly constituted according to the rules, the court exists no more than if the judge had been unlawfully appointed. The rules were changed and the jury selected pursuant to other rules than those set out in the *Code*. There was therefore no trial court properly constituted, and the appropriate sanction was annulment.

The trial judge was in a better position to rule on the admissibility of the statements than the Court of Appeal. That court should not have interfered with his determination. The issue of the admissibility of the statement which had been admitted was moot.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. Grover*, [1991] 3 S.C.R. 387, adopting the dissenting reasons in (1990), 56 C.C.C. (3d) 532; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783.

By Stevenson J.

Considered: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *R. v. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323; *R. v. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; **referred to:** *R. v. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Mason*, [1981] Q.B. 881; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Favel* (1987), 39 C.C.C. (3d) 378; *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537.

By Gonthier J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Committee for Justice and*

le tribunal ait été compétent à l'égard de la catégorie d'infractions en question. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'un problème d'application des règles de la sélection des jurés, auquel cas le sous-al. 686(1)(b)(iv) aurait pu servir à corriger l'erreur. Le jury et le juge sont le tribunal et, si le jury n'est pas constitué selon les règles, le tribunal n'existe pas plus que si le juge avait été désigné illégalement. Les règles ont été modifiées et les jurés ont été sélectionnés selon d'autres règles que celles énoncées dans le *Code*. Il n'y avait donc pas de tribunal constitué régulièrement et la sanction convenable était l'annulation.

Le juge du procès était mieux placé pour statuer sur l'admissibilité des déclarations que la Cour d'appel, qui n'aurait pas dû intervenir pour changer sa décision. La question est théorique pour ce qui est de la déclaration qui a été utilisée.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Grover*, [1991] 3 R.C.S. 387, adoptant les motifs dissidents exprimés dans (1990), 56 C.C.C. (3d) 532; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783.

Citée par le juge Stevenson

Arrêts examinés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *R. c. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323; *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229; *R. c. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Mason*, [1981] Q.B. 881; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. c. Favel* (1987), 39 C.C.C. (3d) 378; *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114;

Liberty v. National Energy Board, [1978] 1 S.C.R. 369; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Texas & Pacific Railway Co. v. Hill*, 237 U.S. 208 (1915); *Mansell v. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *Mansbridge v. R.*, Que. C.A. 200-10-000149-851, October 1, 1991, J.E. 91-1653; *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. v. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. v. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201; *R. v. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. v. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444; *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (respecting jurors), S.C. 1917, c. 13, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 11(d), 15.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.1, 429, 558, 562(1), (2) [rep. & sub. S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 10], (3), 563(1), (2), (3), 567(1) [am. S.C. 1977-78, c. 36, s. 5], (2), 570(1), (2), 577, 613(1)(b)(iv) (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271.1, 471, 536(2), 629, 633(1), (2), (3), 634(1), (2), (3), 638(1), (2), 641(1), (2), 650, 686(1)(b)(iv)).
Criminal Code, S.C. 1917, c. 13, s. 1.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 668(9).
Criminal Justice Act 1988, (U.K.) 1988, c. 33.
Juries Act, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 6.
Juries Act, R.S.O. 1980, c. 226, s. 12.
Juries Act, 1825 (Eng.), 6 Geo. 4, c. 50, s. 29.
Juries Act 1974 (Eng.), 1974, c. 23.
Jurors Act, R.S.Q., c. J-2, s. 15.
Jury Act, R.S.B.C. 1979, c. 210, s. 9.
Jury Act, R.S.M. 1987, c. J30, s. 17.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 11.
Jury Act, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 7.
Jury Act, S.N. 1980, c. 41, s. 17.
Jury Act, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 13.
Jury Act, 1981, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 6.
Ordinance for Inquests (Eng.), 33 Ed. 1, c. 4, 28 U.S.C. § 1866(c)(2).

Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie, [1978] 1 R.C.S. 369; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Texas & Pacific Railway Co. c. Hill*, 237 U.S. 208 (1915); *Mansell c. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *Mansbridge c. R.*, C.A. 200-10-000149-851, 1^{er} octobre 1991, J.E. 91-1653; *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. c. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201; *R. c. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. c. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444; *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10(b), 11(d), 15.
Code criminel, S.C. 1917, ch. 13, art. 1.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.1, 429, 558, 562(1), (2) [abr. & rempl. S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 10], (3), 563(1), (2), (3), 567(1) [mod. S.C. 1977-78, ch. 36, art. 5], (2), 570(1), (2), 577, 613(1)(b)(iv) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271.1, 471, 536(2), 629, 633(1), (2), (3), 634(1), (2), (3), 638(1), (2), 641(1), (2), 650, 686(1)(b)(iv)).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 668(9).
Criminal Justice Act 1988, (R.-U.) 1988, ch. 33.
Juries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 6.
Juries Act, 1825 (Eng.), 6 Geo. 4, ch. 50, art. 29.
Juries Act 1974 (Eng.), 1974, ch. 23.
Jury Act, R.S.B.C. 1979, ch. 210, art. 9.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 11.
Jury Act, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 7.
Jury Act, S.N. 1980, ch. 41, art. 17.
Jury Act, 1981, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 6.
Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés), S.C. 1917, ch. 13, art. 1.
Loi sur les jurés, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 13.
Loi sur les jurés, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 17.
Loi sur les jurés, L.R.Q., ch. J-2, art. 15.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1980, ch. 226, art. 12.
Ordinance for Inquests (Eng.), 33 Ed. 1, ch. 4, 28 U.S.C. § 1866(c)(2).

Authors Cited

- Babcock, Barbara Allen. "Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545.
- Baldwin, John and Michael McConville. *Jury Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4. Edited by William Draper Lewis. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.
- Bull, Henry H. "The Career Prosecutor of Canada" (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89.
- Canada. *House of Commons Debates*. vol. V, 7th Sess., 12th Parl., Aug. 9, 1917, p. 4309.
- Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.
- Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens & Sons: 1966.
- East, Robert J. "Jury Packing: A Thing of the Past?" (1985), 48 *Mod. L.R.* 518.
- Halsbury's Laws of England*. Annual Abridgment 1988. London: Butterworths, 1989.
- Hébert, Jean-Claude. "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne". In *Droit pénal—orientations nouvelles*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Hilbery, Sir Malcolm. *Duty and Art in Advocacy*. London: Stevens & Sons, 1946.
- Jordan, Walter E. *Jury Selection*. Colorado Springs, Co.: Shepard's/McGraw-Hill, 1980.
- McEldowney, John F. "'Stand By For The Crown': an Historical Analysis," [1979] *Crim. L.R.* 272.
- Mewett, Alan W. "The Jury Stand-By" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.
- Practice Note, [1988] 3 All E.R. 1086.
- United Kingdom. Morris Report, Cmnd 2627 (1965).
- United Kingdom. Parliament. House of Commons. Fraud Trials Committee. *Fraud Trials Committee Report* (Roskill Committee). London, H.M.S.O., 1986.
- Vennard, Julie and David Riley. "The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome", [1988] *Crim. L.R.* 731.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 250, 31 O.A.C. 357, 68 C.R. (3d) 50, 45 C.R.R. 193, allowing an

Doctrine citée

- Babcock, Barbara Allen. «Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545.
- Baldwin, John and Michael McConville. *Jury Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
- Bull, Henry H. «The Career Prosecutor of Canada» (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa, Commission de réforme du droit, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. *Le jury*. Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 7^e sess., 12^e Parl., 9 août 1917, p. 4455.
- Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens & Sons: 1966.
- East, Robert J. «Jury Packing: A Thing of the Past?» (1985), 48 *Mod. L.R.* 518.
- Halsbury's Laws of England*. Annual Abridgment 1988. London: Butterworths, 1989.
- Hébert, Jean-Claude. «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne». In *Droit pénal—orientations nouvelles*. Cowansville, Qué., Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Hilbery, Sir Malcolm. *Duty and Art in Advocacy*. London: Stevens & Sons, 1946.
- Jordan, Walter E. *Jury Selection*. Colorado Springs, Co.: Shepard's/McGraw-Hill, 1980.
- McEldowney, John F. «'Stand By For The Crown': an Historical Analysis,» [1979] *Crim. L.R.* 272.
- Mewett, Alan W. «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.
- Practice Note, [1988] 3 All E.R. 1086.
- United Kingdom. Morris Report, Cmnd 2627 (1965).
- United Kingdom. Parliament. House of Commons. Fraud Trials Committee. *Fraud Trial Committee Report* (Roskill Committee). London, H.M.S.O., 1986.
- Vennard, Julie and David Riley. «The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome», [1988] *Crim. L.R.* 731.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 47 C.C.C. (3d) 250, 31 O.A.C. 357, 68 C.R. (3d) 50, 45 C.R.R. 193, qui a

appeal from acquittal by Kent Dist. Ct. J. sitting with jury (1987), 30 C.R.R. 75 (*voir dire*). Appeal allowed (Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting); s. 563(1) and (2) (now s. 634(1) and (2)) were inconsistent with s. 11(d) of the *Charter* ^a and this violation was not justified under s. 1.

Timothy E. Breen and James C. Fleming, for the appellant. ^b

Jeff Casey and Elizabeth Rennie, for the respondent. ^c

Graham R. Garton, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—I have had the privilege of reading the reasons of my colleagues Justice Stevenson and Justice Gonthier. Although I agree with the conclusion of Stevenson J., I reach the result in a somewhat different manner. In my view the implementation of the impugned provisions would lead a reasonable person, fully apprised of the extensive rights the Crown may exercise in the selection of a jury, to conclude that there was an apprehension of bias. ^e

At the outset, I would agree that the Crown Attorney plays a very responsible and respected role in the criminal justice system and particularly in the conduct of criminal trials. It is true that the Crown never wins or loses a case. Yet Crown Attorneys are mortal. They are subject to all the emotional and psychological pressures that are exerted by individuals and the community. They may act for the best of motives. For example they may be moved by sympathy for a helpless victim, or by contempt for the cruel and perverted acts of an accused; they may be influenced by the righteous sense of outrage of a community at the commission of a particularly cruel and vicious crime. As a rule the conduct and competence of Crown Attorneys is exemplary. They are models for the ^g

accueilli un appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Kent et un jury de la Cour de district (1987), 30 C.R.R. 75 (*voir-dire*). Pourvoi accueilli (les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci sont dissidents); les par. 563(1) et (2) (maintenant les par. 634(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Timothy E. Breen et James C. Fleming, pour l'appellant.

Jeff Casey et Elizabeth Rennie, pour l'intimée.

Graham R. Garton, pour l'intervenant. ^c

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest et Cory rendu par ^d

LE JUGE CORY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Stevenson et Gonthier. J'arrive au même résultat que le juge Stevenson, mais d'une manière un peu différente. À mon avis, l'application des dispositions contestées amènerait une personne raisonnable, parfaitement informée des nombreux droits que le ministre public peut exercer dans la sélection des jurés, à conclure qu'il y avait crainte de partialité. ^f

D'entrée de jeu, je serais d'accord pour dire que le substitut du procureur général joue un rôle très responsable et très respecté dans le système de justice pénale et tout particulièrement dans le déroulement des procès criminels. Il est vrai que le ministère public ne gagne ni ne perd jamais une cause. Les substituts du procureur général sont tout de même des êtres humains. Ils sont soumis à toutes les pressions émotives et psychologiques qu'exercent les particuliers et la société. Ils peuvent agir pour les meilleurs motifs. Par exemple, ils peuvent ressentir de la sympathie pour une victime sans ressource ou du mépris pour les actes cruels et pervers d'un accusé; ils peuvent être influencés par le sentiment justifié d'intense indignation d'une collectivité à la suite de la perpétration d'un crime particulièrement cruel et violent. En règle générale, le comportement et la compétence des substituts ^j

bar and the community. Yet they, like all of us, are subject to human frailties and occasional lapses.

Crown attorneys have been known to make inflammatory addresses to juries. See *R. v. Grover*, [1991] 3 S.C.R. 387, adopting the dissenting reasons in (1990), 56 C.C.C. (3d) 532 (Ont. C.A.). They have been known to conduct unfair cross-examinations of parties and witnesses. See *R. v. Logiaco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.). I do not make these observations in order to be critical of Crown Attorneys. Rather they are made to emphasize the very human frailties that are common to all, no matter what the office held.

Apart from challenges for cause the provisions of the *Criminal Code* provide the Crown with the ability to stand by 48 prospective jurors and to challenge four jurors peremptorily. The accused in this case has but 12 peremptory challenges. I do not suggest that the ideal of absolute equality is required by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However a discrepancy of 4.25 to 1 in favour of the Crown seems to be so unbalanced that it gives an appearance of unfairness or bias against the accused. The impugned provisions permit the Crown to obtain a jury that would at the very least appear to be favourable to its position rather than an unbiased jury.

It is suggested that the Crown Attorney, as an officer of the Court would never act unfairly in the selection of a jury. Yet the most exemplary Crown might be so overwhelmed by community pressure that just such a step might be taken. In *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783, Morden A.C.J.O., Lacourcière and Catzman J.J.A., it was conceded that as a result of the use made by the Crown Attorney of the stand by provisions in the selection of a jury an apprehension of bias was created. I have cited this case not to illustrate or emphasize a legal principle but rather for what it demonstrates. Namely, that those acting for the Crown do, on occasion demonstrate human frailties and that the impugned section is, on occasion, utilized for the

sont exemplaires. Ils représentent des modèles pour le barreau et la société. Toutefois, ils sont sujets comme nous tous à des faiblesses humaines et à des défaillances occasionnelles.

Il est arrivé à des substituts du procureur général de faire des exposés incendiaires aux jurys. Voir l'arrêt *R. c. Grover*, [1991], 3 R.C.S. 387, dans lequel notre Cour adopte les motifs dissidents exposés dans l'arrêt (1990), 56 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Ont.). Ils leur est aussi arrivé de procéder à des contre-interrogatoires inéquitables des parties et des témoins. Voir l'arrêt *R. c. Logiaco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.). Je ne fais pas ces remarques dans le but de critiquer les substituts. Je les fais plutôt afin de souligner les faiblesses très humaines qui sont communes à tous, quel que soit le poste occupé.

Outre les récusations motivées, les dispositions du *Code criminel* accordent au ministère public la possibilité d'écarter 48 candidats jurés et de récusar péremptoirement quatre jurés. L'accusé en l'instance n'a que 12 récusations péremptoires. Je ne veux pas dire que la *Charte canadienne des droits et libertés* exige l'égalité absolue. Cependant, un rapport de 4,25 contre 1 en faveur du ministère public semble si peu équilibré que cela engendre une apparence d'injustice ou de partialité contre l'accusé. Les dispositions contestées permettent au ministère public d'obtenir un jury qui, à tout le moins, semblerait favorable à sa position, plutôt qu'un jury impartial.

On soutient que le substitut du procureur général, en tant qu'officier de justice, n'agirait jamais de façon injuste dans la sélection des jurés. Toutefois, le substitut le plus exemplaire pourrait se sentir tellement assailli par les pressions exercées par la société qu'il pourrait bien agir de cette sorte. Dans l'affaire *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783, le juge en chef adjoint Morden et les juges Lacourcière et Catzman), il a été concédé que le recours par le substitut aux dispositions relatives aux mises à l'écart dans la sélection des jurés a eu pour effet d'engendrer une crainte de partialité. J'ai cité cette affaire non pas pour illustrer ou souligner une règle de droit mais plutôt pour ce qu'elle démontre. C'est-à-dire que ceux qui repré-

improper purpose of obtaining a jury that appears to be favourable to the Crown.

A petition is frequently made that we not be lead into temptation. The impugned provision of the *Criminal Code* provides the tempting means to obtain a jury that appears to be favourable to the Crown. The section is so heavily weighed in favour of the Crown that viewed objectively it must give that legal fictional paragon, the reasonable person, fully apprised of the manner in which a jury may be selected, an apprehension of bias. This must be so since the jury, as a result of the selection process, would appear to be favourable to the Crown. It seems to me that so long as this provision exists it may be used and on occasion will be used to select a jury that appears to be favourable to the Crown.

It may well be correct that it would be impossible to prove that a jury selected after the Crown had exercised all its stand bys and peremptory challenges was in fact biased. Nonetheless the overwhelming numerical superiority of choice granted to the Crown creates a pervasive air of unfairness in the jury selection procedure. The jury in the ultimate decision maker. The fate of the accused is in its hands. The jury should not as a result of the manner of its selection appear to favour the Crown over the accused. Fairness should be the guiding principle of justice and the hallmark of criminal trials. Yet so long as the impugned provision of the *Code* remains, providing the Crown with the ability to select a jury that appears to be favourable to it, the whole trial process will be tainted with the appearance of obvious and overwhelming unfairness. Members of the community will be left in doubt as to the merits of a process which permits the Crown to have more than four times as many choices as the accused in the selection of the jury.

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used

sentent le ministère public font preuve, à l'occasion, de faiblesses humaines et que l'article contesté est utilisé, parfois, dans le but non justifié d'obtenir un jury qui semble favorable au ministère public.

Nous demandons souvent de ne pas être soumis à la tentation. La disposition contestée du *Code criminel* offre des moyens tentants d'obtenir un jury qui semble favorable au ministère public. L'article penche tellement en faveur du ministère public que, d'un point de vue objectif, il doit donner à ce modèle de fiction juridique qu'est la personne raisonnable, parfaitement informée de la manière dont peut se faire la sélection des jurés, une crainte de partialité. Il doit en être ainsi parce que le jury, à la suite du processus de sélection, semblerait favorable au ministère public. Il m'apparaît que, tant que cette disposition existera, elle pourra être utilisée et le sera à l'occasion dans le but de sélectionner des jurés qui semblent favorables au ministère public.

Il se peut bien qu'il ne soit pas possible de prouver que le juré sélectionné après que le ministère public a exercé ses mises à l'écart et ses récusations péremptoires est de fait partial. Néanmoins, le nombre beaucoup plus élevé de choix accordé au ministère public crée une impression profonde d'injustice dans le processus de sélection des jurés. Le jury est celui qui prend la décision finale. Le sort de l'accusé repose entre ses mains. Le jury ne devrait pas, par suite de la manière dont ses membres sont sélectionnés, sembler favoriser le ministère public au détriment de l'accusé. L'équité devrait être le principe directeur de la justice et la marque des procès criminels. Toutefois, tant que la disposition contestée du *Code* continue d'accorder au ministère public le pouvoir de sélectionner des jurés qui semblent lui être favorables, tout le processus du procès sera entaché d'une apparence d'injustice évidente et accablante. Les membres de la société seront laissés dans le doute quant au bien-fondé du processus qui permet au ministère public de disposer de quatre fois plus de choix que l'accusé dans la sélection des jurés.

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi

abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed.

It follows that s. 563(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634(2)) offends s. 11(d) of the *Charter*. Since the not unlikely effect of the provision is to ensure a jury that at the very least appears to be favourable to the Crown the section could not conceivably be construed as a reasonable limit that can be justified in a free and democratic society. The section is therefore invalid.

The declaration of invalidity resolves all future problems. However in order to avoid a hiatus the declaration should be suspended for a period of six months. This will provide an opportunity to Parliament to remedy the situation if it considers it appropriate to do so.

The suspended declaration does not leave the defence without a remedy during the interim. The accused may always attempt to demonstrate that there has been an abuse of the stand by provisions by the prosecution. This was the course successfully followed in *R. v. Pizzacalla*, *supra*. I would add that neither the fact that relief may be obtained in this way, nor that many juries have in the past been selected without the exercise of any prosecutorial abuse, can be accepted as a basis for defeating the constitutional challenge to the section. The fact remains that the impugned section legislates a means of selecting a jury that could appear to be favourable to the Crown. It can never be forgotten that it is the jury that will determine guilt or innocence. To permit by legislation the selection of a jury apparently favourable to the Crown offends not only the *Charter* but a sense of basic fairness.

un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

Il s'ensuit que le par. 563(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 634(2)), contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*. Vu que l'effet assez probable de la disposition est de permettre la formation d'un jury qui, à tout le moins, semble favorable au ministère public, l'article ne devrait pas en théorie être interprété comme une limite raisonnable qui pourrait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article est donc invalide.

La déclaration d'invalidité règle tous les problèmes futurs. Cependant, afin d'éviter qu'il y ait une interruption, il faudrait suspendre la déclaration pour une période de six mois. Le législateur pourra ainsi remédier à la situation s'il juge à propos de le faire.

Entre temps, la défense n'est pas laissée sans recours. L'accusé peut toujours tenter de démontrer que le poursuivant a abusé des dispositions relatives aux mises à l'écart. C'est la démarche qui a été suivie avec succès dans *R. c. Pizzacalla*, précité. Je voudrais ajouter que ni le fait qu'il est possible d'obtenir un redressement de cette façon ni celui que, par le passé, un grand nombre de jurys ont été constitués sans que le poursuivant n'abuse de son pouvoir ne devraient servir à faire échec à la contestation de l'article sur le plan constitutionnel. Il demeure que l'article contesté fixe par voie législative un moyen de choisir un jury qui pourrait sembler favorable au ministère public. On ne doit jamais oublier que c'est le jury qui déterminera la culpabilité ou l'innocence. Permettre par voie législative la sélection d'un jury qui semblerait favorable au ministère public va à l'encontre non seulement de la *Charte*, mais aussi de l'équité fondamentale.