

Victor Daniel Williams *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., the African Canadian Legal Clinic, the Urban Alliance on Race Relations (Justice) and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. WILLIAMS

File No.: 25375.

1998: February 24; 1998: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Procedure — Challenge for cause — Racial bias — Whether prospective jurors can be questioned as to racial bias — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 638, 649 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15(1).

The accused, an aboriginal, pleaded not guilty to a robbery charge and elected a trial by judge and jury. The trial judge at the first trial allowed questions to be put to potential jurors but the Crown successfully applied for a mistrial on the basis of procedural errors and the "unfortunate publicity" of the jury selection process. At the second trial, the judge who heard the accused's motion for an order permitting him to challenge jurors for cause dismissed the motion. The judge who presided at the trial dismissed a renewed application and did not warn the jury, either in his opening or closing addresses, to be aware of or to disregard any bias or prejudice that they might feel towards the accused as a native person. The Court of Appeal dismissed an appeal from conviction. The courts below accepted that there was widespread prejudice against aboriginal people in the community.

Victor Daniel Williams *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., l'African Canadian Legal Clinic, l'Urban Alliance on Race Relations (Justice) et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. WILLIAMS

N^o du greffe: 25375.

1998: 24 février; 1998: 4 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Récusation motivée — Préjugés raciaux — Peut-on interroger des candidats jurés afin de vérifier s'ils ont des préjugés raciaux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 638, 649 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 15(1).

L'accusé, un autochtone, a plaidé non coupable relativement à une accusation de vol qualifié et a choisi d'être jugé devant un juge et un jury. Le juge qui a instruit le premier procès a permis que des questions soient posées aux candidats jurés, mais le ministère public a demandé avec succès que le procès soit déclaré nul en raison d'erreurs de procédure et de la «publicité déplorable» qui avait entouré le processus de sélection des jurés. Lors du second procès, le juge qui a entendu la demande de l'accusé visant à obtenir une ordonnance l'autorisant à récuser des jurés pour cause l'a rejetée. Le juge qui a présidé le procès a rejeté une nouvelle demande en ce sens et n'a pas prévenu les membres du jury, que ce soit dans son exposé initial ou dans son exposé final, qu'ils devraient être conscients de tout préjugé qu'ils pourraient avoir contre l'accusé en tant qu'autochtone, ou

At issue here is whether the evidence of widespread bias against aboriginal people in the community raises a realistic potential of partiality.

Held: The appeal should be allowed.

The prosecution and the defence are entitled to challenge potential jurors for cause on the ground of partiality. Candidates for jury duty are presumed to be indifferent or impartial and this presumption must be displaced before they can be challenged and questioned. Usually the party seeking the challenge calls evidence substantiating the basis of the concern. Alternatively, where the basis of the concern is widely known and accepted, the law of evidence may permit a judge to take judicial notice of it. The judge has a wide discretion in controlling the challenge process and should permit challenges if there is a realistic possibility that the jury pool may contain people whose racial prejudice might incline them to favour the Crown rather than the accused in deciding the matters that fall to them in the course of the trial.

Judicial directions to act impartially cannot always be assumed to be effective in countering racial prejudice. Where doubts are raised, the better policy is to err on the side of caution and permit prejudice to be examined. A motion to challenge for cause therefore need not be dismissed if there was “no concrete evidence” that any of the prospective jurors could not set aside their biases. The expectation that jurors usually behave in accordance with their oaths does not obviate the need to permit challenges for cause where it is established that the community suffers from widespread prejudice against people of the accused’s race sufficient to create a realistic potential for partiality.

The contention that there need be some evidence of bias of a particular nature and extent against aboriginal persons, or even further, that racial prejudice in the community must be linked to specific aspects of the trial, is unduly restrictive. Evidence of widespread racial prejudice may, depending on the nature of the evidence and the circumstances of the case, lead to the conclusion

qu’ils devraient en faire abstraction. La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. Les tribunaux d’instance inférieure ont reconnu l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones. La question qui se pose, en l’espèce, est de savoir si la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones engendre une possibilité réaliste de partialité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La poursuite et la défense ont le droit de récuser des candidats jurés pour cause de partialité. Les candidats jurés sont présumés impartiaux et cette présomption doit être écartée pour qu’ils puissent être interrogés et récusés. Habituellement, la partie qui veut récuser un juré produit une preuve justifiant la crainte exprimée. Subsidièrement, si la raison de cette crainte est bien connue et reconnue, le droit de la preuve peut permettre au juge d’en prendre connaissance d’office. Le juge est investi d’un large pouvoir discrétionnaire de diriger le processus de récusation et il devrait permettre les récusations s’il existe une «possibilité réaliste» que le tableau des jurés comprenne des personnes qui, en raison de leurs préjugés raciaux, pourraient être portées à pencher en faveur du ministère public plutôt que de l’accusé en tranchant les questions qui leur sont soumises au cours du procès.

On ne peut pas supposer que les directives que le juge donne aux jurés pour qu’ils agissent impartialement contrecarreront toujours effectivement les préjugés raciaux. S’il y a des doutes, il vaut mieux pécher par excès de prudence et permettre d’examiner les préjugés. Il n’est donc pas nécessaire de rejeter une demande de récusation motivée s’il n’y avait «aucune preuve tangible» que l’un ou l’autre des candidats jurés ne pourrait pas laisser de côté ses préjugés. Ce n’est pas parce que l’on s’attend à ce que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment qu’il n’est pas nécessaire d’autoriser les récusations motivées lorsqu’il est établi qu’il existe, dans la collectivité, des préjugés largement répandus contre les gens de la race de l’accusé, et ce, dans une mesure suffisante pour engendrer une possibilité réaliste de partialité.

L’argument voulant qu’il doive y avoir une preuve que les autochtones sont victimes de préjugés d’une nature et d’une ampleur particulières, voire même que les préjugés raciaux dans la collectivité doivent avoir un lien avec des aspects particuliers du procès, est trop restrictif. La preuve de préjugés raciaux largement répandus peut, selon sa nature et les circonstances de l’affaire,

that there is a realistic potential for partiality. The potential for partiality is irrefutable where the prejudice can be linked to specific aspects of the trial, like a widespread belief that people of the accused's race are more likely to commit the crime charged.

Racial prejudice against the accused may be detrimental to an accused in a variety of ways. The link between prejudice and verdict is clearest where there is an "interracial element" to the crime or a perceived link between those of the accused's race and the particular crime. Racial prejudice may also play a role in other, less obvious ways such as how jurors assess the credibility of the accused.

The trial judge has the discretion to determine whether widespread racial prejudice in the community, absent specific "links" to the trial, is sufficient to give an "air of reality" to the challenge in the particular circumstances of each case. It is impossible to provide an exhaustive catalogue of those circumstances. Where specific "links" to the trial exist, the trial judge must allow the challenge to proceed.

Section 638(2) of the *Criminal Code* requires two inquiries and entails two different decisions. The first stage is the inquiry before the judge to determine whether challenges for cause should be permitted. The test at this stage is whether there is a realistic potential or possibility for partiality. If the judge permits challenges for cause, a second inquiry occurs on the challenge itself. The defence may question potential jurors as to whether they harbour prejudices against people of the accused's race, and if so, whether they are able to set those prejudices aside and act as impartial jurors. At this stage, the question to be determined by the triers is whether the candidate in question will be able to act impartially.

Section s. 638(1)(b) is intended to prevent persons who may not be able to act impartially from sitting as jurors. This object cannot be achieved if the evidentiary threshold for challenges for cause is set too high. To require evidence that some jurors will be unable to set their prejudices aside is to ask the impossible. Similarly, extreme prejudice is a poor indicator of a realistic danger or potential of partiality. Widespread racial prejudice is not exceptional.

The appropriate evidentiary standard on applications to challenge for cause based on racial prejudice is a

mener à la conclusion qu'il y a possibilité réaliste de partialité. La possibilité de partialité est irrefutable lorsque les préjugés peuvent être liés à des aspects particuliers du procès, comme dans le cas de la croyance largement répandue que des gens de la race de l'accusé sont plus susceptibles de commettre le crime reproché.

Les préjugés raciaux contre un accusé peuvent lui nuire de bien des façons. C'est lorsque le crime comporte un «aspect interracial» ou qu'un lien est perçu entre les gens de la race de l'accusé et le crime reproché que le lien entre les préjugés et le verdict est le plus évident. Les préjugés raciaux peuvent aussi jouer un rôle d'autres manières moins évidentes, notamment sur l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par les jurés.

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, en l'absence de «liens» particuliers avec le procès, les préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité sont suffisants pour conférer une «vraisemblance» à la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. Il est impossible de dresser une liste exhaustive de ces circonstances. Lorsqu'il existe des «liens» particuliers avec le procès, le juge doit autoriser le processus de récusation.

Le paragraphe 638(2) du *Code criminel* prescrit deux examens et deux décisions distinctes. La première étape est l'examen qui a lieu devant le juge afin de déterminer s'il y a lieu d'autoriser des récusations motivées. Le critère applicable consiste alors à se demander s'il y a une possibilité réaliste de partialité. Si le juge autorise des récusations motivées, celles-ci font alors l'objet du second examen. La défense peut interroger les candidats jurés pour vérifier s'ils ont des préjugés contre les gens de la race de l'accusé et, dans l'affirmative, s'ils sont capables de les laisser de côté et d'être des jurés impartiaux. Il s'agit alors pour les vérificateurs chargés de déterminer si la récusation est fondée de décider si le candidat en question sera capable d'agir impartialement.

L'alinéa 638(1)(b) a pour objet d'empêcher des personnes qui peuvent être incapables d'agir impartialement d'exercer la fonction de juré. Cet objet ne pourra pas être réalisé si le critère préliminaire de preuve en matière de récusations motivées est trop strict. Demander de prouver que certains jurés seront incapables de laisser de côté leurs préjugés, c'est demander l'impossible. De même, les préjugés extrêmes indiquent mal si l'on est en présence d'un risque ou d'une possibilité réaliste de partialité. Les préjugés raciaux largement répandus ne sont pas exceptionnels.

La norme de preuve appropriée pour les demandes de récusation fondées sur des préjugés raciaux est celle de

“realistic potential for partiality” (the rule in *R. v. Sherratt*). Absent evidence to the contrary, where widespread prejudice against people of the accused’s race is demonstrated at a national or provincial level, it will often be reasonable to infer that such prejudice is replicated at the community level. Prejudice less than widespread might in some circumstances meet this test.

A judge’s discretion to allow challenge for cause must be exercised in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section s. 638(1)(b) should be read in light of the fundamental rights to a fair trial by an impartial jury and to equality before and under the law. The rule in *Sherratt* suffices to maintain these rights without adopting the United States model or a variant on it. It protects the accused’s right to a fair trial by an impartial jury and the privacy interests of prospective jurors while avoiding lengthening trials or increasing their cost.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; **referred to:** *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *Aldridge v. United States*, 283 U.S. 308 (1931); *R. v. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 638, 649.

Authors Cited

British Columbia. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993.
Burton, William C. *Legal Thesaurus*, 2nd ed. Toronto: Maxwell Macmillan Canada, 1992.
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.
Canadian Bar Association. Committee on Imprisonment and Release. *Locking Up Natives in Canada: A*

la «possibilité réaliste de partialité» (la règle de *R. c. Sherratt*). En l’absence de preuve contraire, lorsqu’il est démontré qu’il existe, à l’échelon national ou provincial, des préjugés largement répandus contre les gens de la race de l’accusé, il sera souvent raisonnable de déduire que ces préjugés se retrouvent à l’échelon de la collectivité. Des préjugés qui ne sont pas largement répandus pourraient satisfaire à ce critère dans certains cas.

Le pouvoir discrétionnaire d’un juge de permettre des récusations motivées doit être exercé conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’alinéa 638(1)(b) devrait être interprété en fonction des droits fondamentaux à un procès équitable devant un jury impartial, et à l’égalité devant la loi et dans l’application de la loi. La règle de l’arrêt *Sherratt* suffit pour maintenir ces droits sans qu’il soit nécessaire d’adopter le modèle américain ou une variante de ce modèle. Elle protège le droit de l’accusé à un procès équitable devant un jury impartial et le droit à la vie privée des candidats jurés tout en évitant l’allongement des procès ou l’augmentation de leur coût.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *Aldridge c. United States*, 283 U.S. 308 (1931); *R. c. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 15(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 638, 649.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Committee on Imprisonment and Release. *Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release*. Ottawa: L’Association, 1988.
Burton, William C. *Legal Thesaurus*, 2nd ed. Toronto: Maxwell Macmillan Canada, 1992.
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa: La Commission, 1996.

- Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release.* Ottawa: The Association, 1988.
- Johnson, Sheri Lynn. "Black Innocence and the White Jury" (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*, vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.
- Pfeifer, Jeffrey E. "Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?" (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230.
- Roach, Kent. "Challenges for Cause and Racial Discrimination" (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanovich, David M., David M. Paciocco and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
- Vidmar, Neil. "Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury" (1996), 79 *Judicature* 249.
- Colombie-Britannique. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993.
- Johnson, Sheri Lynn. «Black Innocence and the White Jury» (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
- Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*, vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.
- Pfeifer, Jeffrey E. «Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?» (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230.
- Roach, Kent. «Challenges for Cause and Racial Discrimination» (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanovich, David M., David M. Paciocco and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
- Vidmar, Neil. «Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury» (1996), 79 *Judicature* 249.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 75 B.C.A.C. 135, 123 W.A.C. 135, 134 D.L.R. (4th) 519, 106 C.C.C. (3d) 215, 48 C.R. (4th) 97, [1997] 1 C.N.L.R. 153, [1996] B.C.J. No. 926 (QL), dismissing an appeal from conviction by Vickers J. sitting with jury, [1994] B.C.J. No. 3160 (QL), after a judgment by Esson C.J. on a motion to challenge for cause (1994), 90 C.C.C. (3d) 194, 30 C.R. (4th) 277, [1995] 3 C.N.L.R. 178, [1994] B.C.J. No. 1301 (QL). Appeal allowed.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 75 B.C.A.C. 135, 123 W.A.C. 135, 134 D.L.R. (4th) 519, 106 C.C.C. (3d) 215, 48 C.R. (4th) 97, [1997] 1 C.N.L.R. 153, [1996] B.C.J. No. 926 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Vickers, siégeant avec jury, [1994] B.C.J. No. 3160 (QL), à la suite d'un jugement du juge en chef Esson concernant une demande de récusation motivée (1994), 90 C.C.C. (3d) 194, 30 C.R. (4th) 277, [1995] 3 C.N.L.R. 178, [1994] B.C.J. No. 1301 (QL). Pourvoi accueilli.
- Joseph J. Blazina*, for the appellant.
- Dirk Ryneveld, Q.C.*, and *George Ivanisko*, for the respondent.
- Graham Garton, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.
- Ian R. Smith*, for the intervener the Attorney General for Ontario.
- Kent Roach* and *Noelle Spotton*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.
- Joseph J. Blazina*, pour l'appellant.
- Dirk Ryneveld, c.r.*, et *George Ivanisko*, pour l'intimé.
- Graham Garton, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Ian R. Smith*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.
- Kent Roach* et *Noelle Spotton*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Steven M. Hinkson and Julian K. Roy, for the interveners the African Canadian Legal Clinic.

Steven M. Hinkson et Julian K. Roy, pour l'intervenante l'African Canadian Legal Clinic.

Julian N. Falconer and Richard Macklin, for the interveners the Urban Alliance on Race Relations (Justice).

Julian N. Falconer et Richard Macklin, pour l'intervenante l'Urban Alliance on Race Relations (Justice).

James Lockyer, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

James Lockyer, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MCLACHLIN J. —

LE JUGE MCLACHLIN —

Introduction

Introduction

Victor Daniel Williams, an aboriginal, was charged with the robbery of a Victoria pizza parlour in October, 1993. Mr. Williams pleaded not guilty and elected a trial by judge and jury. His defence was that the robbery had been committed by someone else, not him. The issue on this appeal is whether Mr. Williams has the right to question (challenge for cause) potential jurors to determine whether they possess prejudice against aboriginals which might impair their impartiality.

Victor Daniel Williams, un autochtone, a été accusé d'avoir commis un vol qualifié dans une pizzeria de Victoria en octobre 1993. Monsieur Williams a plaidé non coupable et a choisi d'être jugé devant un juge et un jury. Pour sa défense, il a allégué que ce n'était pas lui mais un autre individu qui avait commis le vol qualifié. Il s'agit, en l'espèce, de décider si M. Williams a le droit d'interroger (pour fins de récusation motivée) les candidats jurés pour déterminer s'ils ont, contre les autochtones, des préjugés susceptibles de compromettre leur impartialité.

The *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 638, provides that "an accused is entitled to any number of challenges on the ground that . . . a juror is not indifferent between the Queen and the accused". The section confers discretion on the trial judge to permit challenges for cause. The judge should do so where there is a realistic potential of juror partiality. The evidence in this case established widespread racial prejudice against aboriginals. I conclude that in the circumstances of this case, that prejudice established a realistic potential of partiality and that the trial judge should have exercised his discretion to allow the challenge for cause.

Le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit, à l'art. 638, qu'«un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour l'un ou l'autre des motifs suivants: [. . .] un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé». Cet article confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser des récusations motivées, lequel pouvoir devrait être exercé lorsqu'il y a possibilité réaliste de partialité d'un juré. En l'espèce, il a été établi en preuve que les préjugés raciaux contre les autochtones étaient largement répandus. Je conclus que, dans les circonstances de la présente affaire, ces préjugés créaient une possibilité réaliste de partialité et que le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'autoriser la récusation motivée.

1

2

History of the Proceedings*The First Trial*

³ At his first trial, Williams applied to question potential jurors for racial bias under s. 638 of the *Code*. In support of his application, he filed materials alleging widespread racism against aboriginal people in Canadian society and an affidavit which stated, in part, “I ... hope that the 12 people that try me are not Indian haters”. Hutchison J. ruled that Williams had met the threshold test and allowed potential jurors to be asked two questions:

(1) Would your ability to judge the evidence in the case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the person charged is an Indian?

(2) Would your ability to judge the evidence in the case without bias, prejudice, or partiality be affected by the fact that the person charged is an Indian and the complainant is white?

On a number of occasions, Hutchison J. allowed additional questions to clarify responses to the first two questions. Forty-three panel members were questioned and 12 were dismissed for risk of bias. The Crown applied for a mistrial on the basis of procedural errors, including use of the same two jurors on all the challenges, coupled with “unfortunate publicity” of the jury selection process. The accused objected, arguing that the Crown was seeking a new trial in order to obtain reversal of the challenge for cause ruling. The trial judge replied that he doubted this would happen, given the case law, and granted the Crown’s application for a mistrial.

The Second Trial (1994), 90 C.C.C. (3d) 194

⁴ Williams’ motion for an order permitting him to challenge jurors for cause was heard by Esson C.J.

Historique des procédures*Le premier procès*

Au premier procès, Williams a demandé l’autorisation d’interroger les candidats jurés, conformément à l’art. 638 du *Code*, pour vérifier s’ils avaient des préjugés raciaux. Il a déposé à l’appui de sa demande des documents faisant état du racisme largement répandu dont les autochtones sont victimes dans la société canadienne et un affidavit qui précisait notamment: [TRADUCTION] «j’espère que les 12 personnes qui me jugeront ne haïssent pas les Indiens». Le juge Hutchison a décidé que Williams avait satisfait au critère préliminaire et lui a permis de poser deux questions aux candidats jurés:

(1) Le fait que l’accusé soit un Indien vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

(2) Le fait que l’accusé soit un Indien et que le plaignant soit un Blanc vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

À un certain nombre de reprises, le juge Hutchison a permis que d’autres questions soient posées pour clarifier les réponses aux deux premières. Quarante-trois candidats jurés ont été interrogés et 12 ont été écartés par crainte de parti pris. Le ministère public a demandé que le procès soit déclaré nul pour cause d’erreurs de procédure, dont l’utilisation des deux mêmes jurés pour toutes les récusations, ainsi que de la [TRADUCTION] «publicité déplorable» qui avait entouré le processus de sélection des jurés. L’accusé s’y est opposé, soutenant que le ministère public voulait un nouveau procès pour faire infirmer la décision sur les récusations motivées. Le juge du procès a répondu qu’il doutait que cela se produise, vu la jurisprudence, et a déclaré le procès nul conformément à la demande du ministère public.

Le second procès (1994), 90 C.C.C. (3d) 194

La demande de Williams visant à obtenir une ordonnance l’autorisant à récuser des jurés pour

In support of the application, Williams called four witnesses and filed the ruling of Hutchison J. on the right to challenge for cause and a transcript of the jury selection proceedings. Esson C.J. found, at p. 198, that the evidence tended to support the view “that natives historically have been and continue to be the object of bias and prejudice which, in some respects, has become more overt and widespread in recent years as the result of tensions created by developments in such areas as land claims and fishing rights”. He acknowledged that there was a reasonable possibility that a potential juror would be biased against an aboriginal person charged with robbery of a white person. He also accepted that the test for challenge for cause is “reasonable possibility” of influence by bias, or partiality: see *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509.

However, Esson C.J. rejected the argument that the widespread bias against Natives created a reasonable possibility of partiality sufficient to support a challenge for cause. “[I]t does not follow, in the absence of anything more than the race of the accused, that there is a realistic possibility that a juror would be influenced by such a bias in carrying out the solemn duty of deciding whether the accused is guilty of the crime charged” (p. 206). In other words, Esson C.J. held that while there was a reasonable possibility that potential jurors would be biased against Williams, there was no reasonable possibility that this bias would translate into partiality at the trial, because jurors can be expected to put aside their biases and because the jury system provides effective safeguards against such biases. In his view, the law presumes impartiality, and evidence of general bias in the community is insufficient to displace this presumption. Esson C.J. buttressed this conclusion with a cost-benefit analysis. In his view, the cost and disruption that would result from allowing challenges for cause on the basis of racial bias in the community would far outweigh the putative benefit of supposedly fairer trials. He distinguished *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.), where

cause a été entendue par le juge en chef Esson. À l’appui de sa demande, Williams a assigné quatre témoins et déposé la décision du juge Hutchison sur le droit à la récusation motivée, ainsi qu’une transcription des procédures de sélection des jurés. Le juge en chef Esson a conclu, à la p. 198, que la preuve tendait à corroborer l’opinion selon laquelle [TRADUCTION] «les autochtones ont été, dans le passé, et continuent d’être victimes de préjugés qui, à certains égards, sont devenus plus flagrants et répandus ces dernières années à la suite des tensions engendrées par les événements survenus dans le domaine notamment des revendications territoriales et des droits de pêche». Il a reconnu l’existence d’une possibilité raisonnable qu’un candidat juré ait des préjugés contre un autochtone accusé de vol qualifié commis contre un Blanc. Il a également admis que le critère applicable en matière de récusation motivée était la «possibilité raisonnable» d’influence due au parti pris ou à la partialité: voir *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

Toutefois, le juge en chef Esson a rejeté l’argument selon lequel les préjugés largement répandus contre les autochtones ont créé une possibilité raisonnable de partialité suffisante pour étayer une récusation motivée. [TRADUCTION] «[I]l ne s’ensuit pas, en l’absence de tout autre facteur que la race de l’accusé, qu’il existe une possibilité réaliste qu’un juré soit influencé par de tels préjugés dans l’exercice du devoir solennel de décider si l’accusé est coupable du crime reproché» (p. 206). Autrement dit, le juge en chef Esson a décidé que, s’il y avait une possibilité raisonnable que les candidats jurés aient des préjugés contre Williams, il n’y avait aucune possibilité raisonnable que ces préjugés se traduisent par une partialité au procès, parce qu’on peut s’attendre à ce que les jurés laissent de côté leurs préjugés et que le système du jury comporte des garanties efficaces contre de tels préjugés. À son avis, l’impartialité est présumée en droit et la preuve de préjugés généraux dans la collectivité est insuffisante pour réfuter cette présomption. Le juge en chef Esson a étayé cette conclusion d’une analyse coûts-avantages. Il a estimé que le coût et la perturbation qui résulteraient du fait de permettre les récusations fondées sur des préjugés raciaux dans la collectivité l’emporte-

challenge for cause on account of racial bias had been allowed, on the ground that the evidence there showed not only racial bias, but a widespread perception in the community of Toronto that black people were linked to violent crime.

raient de loin sur l'avantage présumé de procès censément plus équitables. Il a fait la distinction d'avec l'arrêt *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), où la récusation fondée sur des préjugés raciaux a été permise pour le motif que la preuve établissait non seulement l'existence de préjugés raciaux, mais encore la perception largement répandue à Toronto qu'il y avait un rapport entre les Noirs et les crimes violents.

⁶ Vickers J. presided at the trial. He dismissed a renewed application to challenge potential jurors for cause. Neither in his opening to the jury nor in his closing address to the jury did he instruct the jury that it ought to be aware of or disregard any bias or prejudice that they might feel towards Williams as a native person. Williams called evidence to support his defence that another aboriginal person, not he, had committed the robbery. The jury convicted Williams. Williams appealed to the Court of Appeal on the issue of challenge for cause.

Le juge Vickers a présidé le procès. Il a rejeté une nouvelle demande de récusation motivée de candidats jurés. Ni dans son exposé initial aux membres du jury, ni dans son exposé final à ceux-ci, il ne leur a dit qu'ils devraient être conscients de tout préjugé qu'ils pourraient avoir contre Williams en tant qu'autochtone, ou qu'ils devraient en faire abstraction. Williams a produit une preuve à l'appui de son moyen de défense selon lequel ce n'était pas lui mais un autre autochtone qui avait commis le vol qualifié. Le jury l'a déclaré coupable. Williams a interjeté appel devant la Cour d'appel sur la question de la récusation motivée.

Court of Appeal (1996), 106 C.C.C. (3d) 215

Cour d'appel (1996), 106 C.C.C. (3d) 215

⁷ The Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A., agreed with Esson C.J. that there is a presumption of juror impartiality, and that it is not discharged by evidence of general bias in the community against persons of the accused's race. To discharge the presumption, evidence of racist attitudes that would have particular significance in relation to a criminal trial is required. It dismissed the appeal, at pp. 229-30, because "there are no studies . . . in the evidence which conclude that persons in a jury setting may be inclined to find that an aboriginal person is more likely to have committed a crime than a non-aboriginal person". It held that while procedural cost cannot diminish the right to a fair trial, Esson C.J.'s cost-benefit analysis was collateral and did not vitiate his decision. The appeal was dismissed and the conviction upheld.

La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Macfarlane, a convenu avec le juge en chef Esson qu'il existait une présomption d'impartialité des jurés et qu'elle n'était pas réfutée par la preuve de l'existence, dans la collectivité, de préjugés généraux contre les gens de la race de l'accusé. Pour réfuter cette présomption, il faut une preuve d'attitudes racistes qui revêtiraient une importance particulière relativement à un procès criminel. Elle a rejeté l'appel, aux pp. 229 et 230, parce que [TRADUCTION] «la preuve ne fait état d'aucune étude concluant que des personnes qui forment un jury peuvent être portées à conclure qu'un autochtone est plus susceptible d'avoir commis un crime qu'un non-autochtone». Elle a statué que, bien que le coût d'une procédure ne puisse pas réduire le droit à un procès équitable, l'analyse coûts-avantages du juge en chef Esson était secondaire et n'avait pas vicié sa décision. L'appel a été rejeté et la déclaration de culpabilité confirmée.

Statutory and Constitutional Provisions*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

638. (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

. . . .

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused;

. . . .

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Analysis*What is the Rule?*The Prevailing Canadian Approach to Jury Challenges for Lack of Indifference Between the Crown and the Accused

The prosecution and the defence are entitled to challenge potential jurors for cause on the ground that “a juror is not indifferent between the Queen and the accused”. Lack of “indifference” may be translated as “partiality”, the term used by the

Dispositions législatives et constitutionnelles*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

638. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n’importe quel nombre de récusations pour l’un ou l’autre des motifs suivants:

. . . .

b) un juré n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé;

. . . .

(2) Nulle récusation motivée n’est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Analyse*Quelle règle s’applique?*La façon d’aborder au Canada la récusation fondée sur l’absence d’impartialité entre le ministère public et l’accusé

La poursuite et la défense ont le droit de récuser tout candidat juré pour le motif qu’il «n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé». L’absence d’«impartialité» peut être rendue par «partialité», l’expression utilisée par les tribunaux d’instance

Courts below. “Lack of indifference” or “partiality”, in turn, refer to the possibility that a juror’s knowledge or beliefs may affect the way he or she discharges the jury function in a way that is improper or unfair to the accused. A juror who is partial or “not indifferent” is a juror who is inclined to a certain party or a certain conclusion. The synonyms for “partial” in Burton’s *Legal Thesaurus* (2nd ed. 1992), at p. 374, illustrate the attitudes that may serve to disqualify a juror:

bigoted, . . . discriminatory, favorably disposed, inclined, influenced, . . . interested, jaundiced, narrow-minded, one-sided, partisan, predisposed, prejudiced, prepossessed, prone, restricted, . . . subjective, swayed, unbalanced, unequal, uneven, unfair, unjust, unjustified, unreasonable.

inférieure. L’«absence d’impartialité» ou «partialité» s’entend, à son tour, de la possibilité que les connaissances ou les croyances d’un juré influent sur la manière dont il s’acquitte de sa fonction de juré, c’est-à-dire qu’il agisse de manière inappropriée ou inéquitable pour l’accusé. Le juré partial ou non impartial est celui qui penche en faveur d’une partie ou d’une conclusion donnée. Dans le *Legal Thesaurus* (2^e éd. 1992) de Burton, on trouve, à la p. 374, une liste de synonymes de «partial» qui illustre les attitudes qui peuvent rendre une personne inapte à faire partie d’un jury:

[TRADUCTION] sectaire, [. . .] discriminatoire, bien disposé, enclin, influencé, [. . .] intéressé, aigri, borné, inéquitable, partisan, prédisposé, ayant des préjugés, préoccupé, restreint, [. . .] subjectif, déséquilibré, inégal, injuste, injustifié, déraisonnable.

¹⁰ The predisposed state of mind caught by the term “partial” may arise from a variety of sources. Four classes of potential juror prejudice have been identified — interest, specific, generic and conformity: see Neil Vidmar, “Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury” (1996), 79 *Judicature* 249, at p. 252. Interest prejudice arises when jurors may have a direct stake in the trial due to their relationship to the defendant, the victim, witnesses or outcome. Specific prejudice involves attitudes and beliefs about the particular case that may render the juror incapable of deciding guilt or innocence with an impartial mind. These attitudes and beliefs may arise from personal knowledge of the case, publicity through mass media, or public discussion and rumour in the community. Generic prejudice, the class of prejudice at issue on this appeal, arises from stereotypical attitudes about the defendant, victims, witnesses or the nature of the crime itself. Bias against a racial or ethnic group or against persons charged with sex abuse are examples of generic prejudice. Finally, conformity prejudice arises when the case is of significant interest to the community causing a juror to perceive that there is

L’inclination visée par le mot «partial» peut provenir de diverses sources. Quatre catégories de préjugé ont été recensées chez les candidats jurés: le préjugé fondé sur l’intérêt, le préjugé spécifique, le préjugé générique et le préjugé inspiré par le conformisme: voir Neil Vidmar, «Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury» (1996), 79 *Judicature* 249, à la p. 252. Le préjugé fondé sur l’intérêt existe quand le juré peut avoir un intérêt direct dans le procès ou l’issue du procès à cause de ses relations avec le défendeur, la victime ou les témoins. Le préjugé spécifique concerne les attitudes et les croyances au sujet de l’affaire en cause qui peuvent rendre le juré incapable de décider impartialement de la culpabilité ou de l’innocence. Ces attitudes et croyances peuvent découler de sa connaissance personnelle de l’affaire, de la publicité dans les médias ou de la discussion publique et de rumeurs dans la collectivité. Le préjugé générique, la catégorie dont il est question dans le présent pourvoi, découle d’attitudes stéréotypées en ce qui concerne le défendeur, les victimes, les témoins ou la nature du crime lui-même. Les préjugés raciaux ou ethniques, ou les préjugés contre les personnes accusées d’agression sexuelle, sont des exemples de préjugé générique. Enfin, le préjugé inspiré par le conformisme s’observe quand l’affaire revêt une si grande importance pour la collectivité que le juré

strong community feeling about a case coupled with an expectation as to the outcome.

Knowledge or bias may affect the trial in different ways. It may incline a juror to believe that the accused is likely to have committed the crime alleged. It may incline a juror to reject or put less weight on the evidence of the accused. Or it may, in a general way, predispose the juror to the Crown, perceived as representative of the “white” majority against the minority-member accused, inclining the juror, for example, to resolve doubts about aspects of the Crown’s case more readily: see Sheri Lynn Johnson, “Black Innocence and the White Jury” (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611. When these things occur, a juror, however well intentioned, is not indifferent between the Crown and the accused. The juror’s own deliberations and the deliberations of other jurors who may be influenced by the juror, risk a verdict that reflects, not the evidence and the law, but juror preconceptions and prejudices. The aim of s. 638 of the *Code* is to prevent effects like these from contaminating the jury’s deliberations and hence the trial: see *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.). The aim, to put it succinctly, is to ensure a fair trial.

The practical problem is how to ascertain when a potential juror may be partial or “not indifferent” between the Crown and the accused. There are two approaches to this problem. The first approach is that prevailing in the United States. On this approach, every jury panel is suspect. Every candidate for jury duty may be challenged and questioned as to preconceptions and prejudices on any sort of trial. As a result, lengthy trials of jurors before the trial of the accused are routine.

Canada has taken a different approach. In this country, candidates for jury duty are presumed to be indifferent or impartial. Before the Crown or the accused can challenge and question them, they must raise concerns which displace that presumption. Usually this is done by the party seeking the

perçoit au sein de celle-ci un fort sentiment au sujet de cette affaire, conjugué à une attente quant à l’issue de celle-ci.

La connaissance ou le préjugé peut influencer de diverses façons sur le procès. Ce facteur peut inciter un juré à croire que l’accusé est susceptible d’avoir commis le crime reproché. Il peut l’inciter à rejeter la preuve de l’accusé ou à y accorder moins d’importance. Ou encore, il peut, de manière générale, prédisposer le juré en faveur du ministère public qu’il perçoit comme le représentant de la majorité «blanche», au détriment de l’accusé qui fait partie de la minorité, en le portant, par exemple, à dissiper plus facilement des doutes au sujet de certains aspects de la preuve du ministère public: voir Sheri Lynn Johnson, «Black Innocence and the White Jury» (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611. Quand cela se produit, un juré, si bonnes que soient ses intentions, n’est pas impartial entre le ministère public et l’accusé. Ses propres délibérations et celles des autres jurés qui peuvent être influencés par lui risquent de conduire à un verdict reflétant non pas la preuve et le droit, mais les idées préconçues et les préjugés du juré. Le but de l’art. 638 du *Code* est d’empêcher que de tels effets ne vicient les délibérations du jury et, par conséquent, le procès: voir *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.). Bref, il a pour but d’assurer la tenue d’un procès équitable.

En pratique, le problème qui se pose est de savoir comment vérifier si un candidat juré peut être partial ou «non impartial» entre le ministère public et l’accusé. Il y a deux façons d’aborder ce problème. La première est celle qui a cours aux États-Unis. Selon cette méthode, chaque liste de jurés est suspecte. Chaque candidat juré peut être interrogé sur ses idées préconçues et ses préjugés et être récusé, quelle que soit la nature du procès. En conséquence, les longues évaluations de jurés avant le procès de l’accusé sont courantes.

Au Canada, la situation est différente. Les candidats jurés sont présumés impartiaux. Pour que le ministère public ou l’accusé puisse les interroger et les récuser, ils doivent invoquer des craintes qui écartent cette présomption. La façon habituelle de procéder est la suivante: la partie qui veut récuser

11

12

13

challenge calling evidence substantiating the basis of the concern. Alternatively, where the basis of the concern is “notorious” in the sense of being widely known and accepted, the law of evidence may permit a judge to take judicial notice of it. This might happen, for example, where the basis of the concern is widespread publicity of which the judge and everyone else in the community is aware. The judge has a wide discretion in controlling the challenge process, to prevent its abuse, to ensure it is fair to the prospective juror as well as the accused, and to prevent the trial from being unnecessarily delayed by unfounded challenges for cause: see *Hubbert, supra*.

un juré produit une preuve justifiant la crainte exprimée. Subsidiairement, si la raison de cette crainte est notoire, en ce sens qu’elle est bien connue et reconnue, le droit de la preuve peut permettre au juge d’en prendre connaissance d’office. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsque la crainte résulte du fait que le juge et tous les autres membres de la collectivité sont conscients de la publicité considérable qui a entouré l’affaire. Le juge est investi d’un large pouvoir discrétionnaire de diriger le processus de récusation, afin d’empêcher qu’on en abuse, d’en assurer l’équité pour le candidat juré et pour l’accusé, et d’éviter que des récusations dénuées de fondement viennent retarder inutilement le procès: voir *Hubbert, précité*.

14 Judicial discretion, however, must be distinguished from judicial whim. A judge exercising the discretion to permit or refuse challenges for cause must act on the evidence and in a way that fulfills the purpose of s. 638(1)(b) — to prevent persons who are not indifferent between the Crown and the accused from serving on the jury. Stated otherwise, a trial judge, in the exercise of the discretion, cannot “effectively curtail the statutory right to challenge for cause”: see *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, at p. 135 (leave to appeal refused [1987] 1 S.C.R. xii). To guide judges in the exercise of their discretion, this Court formulated a rule in *Sherratt, supra*: the judge should permit challenges for cause where there is a “realistic potential” of the existence of partiality. *Sherratt* was concerned with the possibility of partiality arising from pre-trial publicity. However, as the courts in this case accepted, it applies to all requests for challenges based on bias, regardless of the origin of the apprehension of partiality.

Il faut cependant éviter de confondre pouvoir discrétionnaire et caprice. Le juge qui exerce le pouvoir discrétionnaire d’autoriser ou de refuser des récusations motivées doit agir en fonction de la preuve et de manière à réaliser l’objet de l’al. 638(1)(b) — empêcher de choisir comme jurés des personnes qui ne sont pas impartiales entre le ministère public et l’accusé. Autrement dit, le juge du procès qui exerce son pouvoir discrétionnaire ne peut pas [TRADUCTION] «restreindre, dans les faits, le droit de récusation motivée prévu par la loi»: voir *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, à la p. 135 (autorisation de pourvoi refusée [1987] 1 R.C.S. xii). Pour guider les juges dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, notre Cour a formulé une règle dans *Sherratt, précité*: le juge devrait permettre les récusations motivées s’il existe une «possibilité réaliste» de partialité. Cette affaire concernait la possibilité de partialité due à la publicité antérieure au procès. Toutefois, comme l’ont reconnu les tribunaux dans cette affaire, la règle s’applique à toutes les demandes de récusation fondée sur le parti pris, peu importe la cause de la crainte de partialité.

15 Applying *Sherratt* to the case at bar, the enquiry becomes whether in this case, the evidence of widespread bias against aboriginal people in the community raises a realistic potential of partiality.

Si on applique *Sherratt* à la présente affaire, il faut se demander si, en l’espèce, la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones engendre une possibilité réaliste de partialité.

Identifying the Evidentiary Threshold

Esson C.J. and the Court of Appeal applied the test of “realistic potential” of partiality. However, they took a different view from that of Hutchison J. as to when the evidence establishes a realistic potential of partiality. The debate before us divided on the same lines.

The Crown argues that evidence of widespread racial bias against persons of the accused’s race does not translate into a “realistic potential” for partiality. There is a presumption that jurors will act impartially, whatever their pre-existing views. Evidence of widespread bias does not rebut that presumption. More is required. The Crown does not detail what evidence might suffice. However, it emphasizes that the evidence must point to not only bias, but also partiality, or bias that may affect the outcome. What is required, in the Crown’s submission, is concrete evidence showing prejudice that would not be capable of being set aside at trial. The Crown interprets *Parks, supra*, where challenges for cause for racial bias in the community were permitted, as being an exceptional case where the nature and extent of the racial bias was sufficiently extreme to establish a reasonable possibility of partiality.

The defence takes a different view. First, it argues that *Sherratt, supra*, establishes that the right to challenge for cause is not exceptional or extraordinary or extreme. Second, it suggests that evidence of widespread prejudice against aboriginals in the community suffices to raise a “realistic potential” for partiality, entitling the accused to question potential jurors as to their prejudices as to whether they will be able to set them aside in discharging their duty as jurors. In the defence submission, the evidentiary threshold proposed by the Crown, Esson C.J. and the Court of Appeal is too high.

Définition du critère préliminaire de preuve

Le juge en chef Esson et la Cour d’appel ont appliqué le critère de la «possibilité réaliste» de partialité. Toutefois, ils ont adopté un point de vue différent de celui du juge Hutchison quant à savoir dans quels cas la preuve établit une telle possibilité. Le débat devant nous s’est aussi orienté dans ces deux directions opposées.

Le ministère public soutient que la preuve de préjugés raciaux largement répandus contre les gens de la race de l’accusé ne traduit pas une «possibilité réaliste» de partialité. Il y a présomption que les jurés vont agir impartialement, quelles que soient leurs opinions préexistantes. La preuve de préjugés largement répandus ne réfute pas cette présomption. Il faut plus que cela. Le ministère public ne précise pas quelle preuve pourrait suffire. Toutefois, il souligne que la preuve doit tendre à établir non seulement les préjugés, mais encore la partialité, ou les préjugés susceptibles d’influer sur l’issue de l’affaire. Selon l’argument du ministère public, il faut une preuve tangible de préjugés non susceptibles d’être laissés de côté au procès. Le ministère public interprète l’arrêt *Parks*, précité, où l’on a autorisé des récusations fondées sur des préjugés raciaux dans la collectivité, comme étant un cas exceptionnel dans lequel les préjugés raciaux étaient de nature et de portée suffisamment extrêmes pour établir l’existence d’une possibilité raisonnable de partialité.

La défense adopte un point de vue différent. Premièrement, elle fait valoir que l’arrêt *Sherratt*, précité, établit que le droit de récusation motivée n’est ni exceptionnel ni extraordinaire ou extrême. Deuxièmement, elle affirme que la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones suffit pour créer une «possibilité réaliste» de partialité, donnant droit à l’accusé d’interroger les candidats jurés sur leurs préjugés et de leur demander s’ils pourront les laisser de côté en accomplissant leur devoir de juré. Selon l’argument de la défense, le critère préliminaire de preuve que proposent le ministère public, le juge en chef Esson et la Cour d’appel est trop strict.

16

17

18

19 In my respectful view, the positions of the Crown, Esson C.J. and the Court of Appeal reflect a number of errors that lead to the evidentiary threshold for challenges for cause being set too high. I will discuss each of these in turn.

(1) *The Assumption that Prejudice Will be Judicially Cleansed*

20 Underlying the Crown's submissions (as well as the judgments of Esson C.J. and the Court of Appeal) is the assumption that generally jurors will be able to identify and set aside racial prejudice. Only in exceptional cases is there a danger that racial prejudice will affect a juror's impartiality. In contrast, the defence says that jurors may not be able to set aside racial prejudices that fall short of extreme prejudice. Is it correct to assume that jurors who harbour racial prejudices falling short of extreme prejudice will set them aside when asked to serve on a jury? A consideration of the nature of racial prejudice and how it may affect the decision-making process suggests that it is not.

21 To suggest that all persons who possess racial prejudices will erase those prejudices from the mind when serving as jurors is to underestimate the insidious nature of racial prejudice and the stereotyping that underlies it. As Vidmar, *supra*, points out, racial prejudice interfering with jurors' impartiality is a form of discrimination. It involves making distinctions on the basis of class or category without regard to individual merit. It rests on preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals. Buried deep in the human psyche, these preconceptions cannot be easily and effectively identified and set aside, even if one wishes to do so. For this reason, it cannot be assumed that judicial directions to act impartially will always effectively counter racial prejudice: see Johnson, *supra*.

À mon avis, les positions respectives du ministère public, du juge en chef Esson et de la Cour d'appel traduisent un certain nombre d'erreurs qui amènent à assujettir la récusation motivée à un critère préliminaire de preuve trop strict. Je vais analyser chacune de ces erreurs à tour de rôle.

(1) *La supposition que les préjugés seront effacés par voie d'épuration judiciaire*

Les arguments du ministère public (ainsi que les jugements du juge en chef Esson et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique) reposent sur la supposition que les jurés seront généralement capables de déceler et de laisser de côté les préjugés raciaux. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les préjugés raciaux d'un juré risqueront de compromettre son impartialité. Par contre, la défense dit que les jurés ne seront peut-être pas capables de laisser de côté des préjugés raciaux qui ne constituent pas des préjugés extrêmes. Peut-on supposer à bon droit que les personnes qui ont des préjugés raciaux qui ne constituent pas des préjugés extrêmes les laisseront de côté si elles sont appelées à exercer la fonction de juré? L'examen de la nature des préjugés raciaux et de l'influence qu'ils peuvent avoir sur le processus décisionnel porte à croire que non.

Affirmer que toutes les personnes qui ont des préjugés raciaux les effaceront de leur esprit en exerçant leur fonction de juré revient à sous-estimer la nature insidieuse des préjugés raciaux et des stéréotypes qui les sous-tendent. Comme le souligne Vidmar, *loc. cit.*, les préjugés raciaux d'un juré qui en compromettent l'impartialité sont une forme de discrimination. Ils impliquent l'établissement de distinctions fondées sur une classe ou catégorie sans égard au mérite individuel. Ils reposent sur des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu'ils s'en rendent compte. Profondément enracinées dans la psyché humaine, ces idées préconçues ne peuvent pas être facilement et effectivement décelées et laissées de côté, même par la personne qui veut le faire. C'est pourquoi on ne peut pas supposer que les directives que le juge donne aux jurés pour qu'ils agissent impartialement contrecarreront toujours effectivement les

Doherty J.A. recognized this in *Parks, supra*, at p. 371:

In deciding whether the post-jury selection safeguards against partiality provide a reliable antidote to racial bias, the nature of that bias must be emphasized. For some people, anti-black biases rest on unstated and unchallenged assumptions learned over a lifetime. Those assumptions shape the daily behaviour of individuals, often without any conscious reference to them. In my opinion, attitudes which are engrained in an individual's subconscious, and reflected in both individual and institutional conduct within the community, will prove more resistant to judicial cleansing than will opinions based on yesterday's news and referable to a specific person or event.

Racial prejudice and its effects are as invasive and elusive as they are corrosive. We should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors. Rather, we should acknowledge the destructive potential of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. Where doubts are raised, the better policy is to err on the side of caution and permit prejudices to be examined. Only then can we know with any certainty whether they exist and whether they can be set aside or not. It is better to risk allowing what are in fact unnecessary challenges, than to risk prohibiting challenges which are necessary: see *Aldridge v. United States*, 283 U.S. 308 (1931), at p. 314, and *Parks, supra*.

It follows that I respectfully disagree with the suggestion in *R. v. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 343, that a motion to challenge for cause must be dismissed if there is "no concrete evidence" that any of the prospective jurors "could not set aside their biases". Where widespread racial bias is shown, it may well be reasonable for the trial judge to infer that some people will have difficulty identifying and eliminating their biases. It is therefore reasonable to permit challenges for cause. This is not to suggest that a prospective

préjugés raciaux: voir Johnson, *loc. cit.* Le juge Doherty a reconnu cela dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 371:

[TRADUCTION] Pour décider si les garanties d'impartialité des jurés choisis sont un antidote sûr contre les préjugés raciaux, il faut souligner la nature de ces préjugés. Pour certains, les préjugés contre les Noirs reposent sur des suppositions tacites et incontestées apprises au long de toute une vie. Ces suppositions façonnent le comportement quotidien des gens, souvent sans qu'ils s'en rendent compte. À mon avis, les attitudes qui sont enracinées dans le subconscient des gens et qui se reflètent tant dans leur conduite que dans celle des institutions dans la collectivité résisteront plus à l'épuration judiciaire que les opinions basées sur les actualités de la veille et pouvant être rattachées à une personne ou à un événement en particulier.

Les préjugés raciaux et leurs effets sont tout aussi attentatoires et insaisissables que corrosifs. Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d'autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscient des jurés. Nous devrions plutôt reconnaître la puissance destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d'impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. S'il y a des doutes, il vaut mieux pécher par excès de prudence et permettre d'examiner les préjugés. C'est la seule façon de vérifier avec plus ou moins de certitude si ces préjugés existent et s'ils peuvent être laissés de côté. Il vaut mieux risquer d'autoriser des récusations qui sont en fait inutiles que risquer d'interdire des récusations qui sont nécessaires: voir *Aldridge c. United States*, 283 U.S. 308 (1931), à la p. 314, et *Parks*, précité.

Il s'ensuit que je ne suis pas d'accord pour dire, comme dans *R. c. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), à la p. 343, qu'il faut rejeter une demande de récusation motivée s'il n'y a [TRADUCTION] «aucune preuve tangible» que l'un ou l'autre des candidats jurés [TRADUCTION] «ne pourrait pas laisser de côté ses préjugés». Lorsque l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démontrée, il peut bien être raisonnable pour le juge du procès de déduire que certaines personnes auront de la difficulté à déceler et à éliminer leurs pré-

22

23

juror who on a challenge for cause admits to harbouring a relevant racial prejudice must necessarily be rejected. It is for the triers on the challenge for cause to determine: (1) whether a particular juror is racially prejudiced in a way that could affect his or her partiality; and (2) if so, whether the juror is capable of setting aside that prejudice.

jugés. Il est donc raisonnable de permettre les récusations motivées. Cela ne veut pas dire qu'il faut nécessairement écarter le juré qui, dans le cadre d'une récusation motivée, admet qu'il a des préjugés raciaux pertinents. Il incombe aux vérificateurs chargés de déterminer si la récusation est fondée de décider si un juré a des préjugés raciaux susceptibles de compromettre sa partialité et, dans l'affirmative, s'il est capable de laisser de côté ces préjugés.

24 Parliament itself has acknowledged that jurors may sometimes be unable to set aside their prejudices and act impartially between the Crown and the accused, despite our hope and expectation that they will do so. It is implicit in s. 638(2) that in Parliament's view, jurors may harbour knowledge and prejudices that may not be entirely offset by the trial judge's direction to decide the case impartially on the evidence. If judicial cleansing were a complete answer to the preconceptions and predispositions of jurors, there would be no need for s. 638(1)(b). Trial judges may conclude that some predispositions can be safely regarded as curable by judicial direction. However, s. 638(1)(b) reminds us that judicial cleansing is not always a complete answer. Where the predisposition is one as complex and insidious as racial prejudice, we should not assume without more that the judges' instructions will always neutralize it.

Le législateur lui-même a reconnu que les jurés peuvent parfois être incapables de laisser de côté leurs préjugés et d'agir impartialement entre le ministère public et l'accusé, en dépit de tout espoir et de toute attente à cet égard. Le paragraphe 638(2) prévoit implicitement que, selon le législateur, les jurés peuvent avoir des connaissances et des préjugés que ne pourront pas neutraliser complètement les directives dans lesquelles le juge du procès demande aux jurés de trancher l'affaire impartialement en fonction de la preuve produite. Si l'épuration judiciaire permettait de supprimer complètement les idées préconçues et les inclinations des jurés, l'al. 638(1)(b) serait inutile. Les juges du procès peuvent conclure que les directives qu'ils donnent permettront à coup sûr de remédier à certaines inclinations. Toutefois, l'al. 638(1)(b) nous rappelle que l'épuration judiciaire n'est pas toujours suffisante. Lorsque l'inclination en cause est aussi complexe et insidieuse que les préjugés raciaux, nous ne devrions pas supposer sans plus que les directives du juge la neutraliseront toujours.

25 This Court rejected the argument that prejudice based on pre-trial publicity could be cured by the safeguards in the trial process in *Sherratt, supra*, at p. 532, *per* L'Heureux-Dubé J.:

Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, à la p. 532, notre Cour, par l'intermédiaire du juge L'Heureux-Dubé, a rejeté l'argument que les préjugés découlant de la publicité antérieure au procès pouvaient être contrecarrés par les garanties qu'offre le procès:

While it is no doubt true that trial judges have a wide discretion in these matters and that jurors will usually behave in accordance with their oaths, these two principles cannot supersede the right of every accused person to a fair trial, which necessarily includes the empanelling of an impartial jury.

Bien qu'il ne fasse aucun doute que les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment, ces deux principes ne sauraient l'emporter sur le droit de tout inculpé à un procès équitable, ce qui comprend nécessairement la constitution d'un jury impartial.

The same may be said of many forms of prejudice based on racial stereotypes. The expectation that jurors usually behave in accordance with their oaths does not obviate the need to permit challenges for cause in circumstances such as the case at bar, where it is established that the community suffers from widespread prejudice against people of the accused's race.

(2) *Insistence on the Necessity of a Link Between the Racist Attitude and the Potential for Juror Partiality*

The Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A., stated that the existence of a significant degree of racial bias in the community from which the panel is drawn is, by itself, not sufficient to allow a challenge for cause because bias cannot be equated with partiality. The court held that in order for the appellant to be successful, there must be some evidence of bias against aboriginal persons which is of a particular nature and extent; evidence which only displays a "general bias" against a racial group is insufficient to warrant a challenge for cause. The Crown goes even further, arguing that racial prejudice in the community must be linked to specific aspects of the trial in order to support a challenge for cause. More particularly, it asserts that where, as here, the defence was that another aboriginal committed the crime, race could have no relevance because the jury was obliged to decide between two aboriginals.

I cannot, with respect, accept this contention. In my view, it is unduly restrictive. Evidence of widespread racial prejudice may, depending on the nature of the evidence and the circumstances of the case, lead to the conclusion that there is a realistic potential for partiality. The potential for partiality is irrefutable where the prejudice can be linked to specific aspects of the trial, like a widespread belief that people of the accused's race are more

On peut en dire autant de nombreuses formes de préjugés fondés sur des stéréotypes raciaux. Ce n'est pas parce que l'on s'attend à ce que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment qu'il n'est pas nécessaire d'autoriser les récusations motivées dans des circonstances comme celles de la présente affaire, où il est établi que des préjugés contre les gens de la race de l'accusé sont largement répandus dans la collectivité.

(2) *Insistance sur la nécessité d'un lien entre l'attitude raciste et la possibilité de partialité d'un juré*

La Cour d'appel, par l'intermédiaire du juge Macfarlane, a affirmé que l'existence d'une large mesure de préjugés raciaux dans la collectivité à partir de laquelle est formé le tableau des jurés n'est pas suffisante en soi pour permettre une récusation motivée parce que les préjugés ne sauraient être assimilés à la partialité. La cour a statué que, pour que l'appelant ait gain de cause, il doit y avoir une preuve que les autochtones sont victimes de préjugés d'une nature et d'une ampleur particulières; la preuve qui ne démontre que l'existence de «préjugés généraux» contre un groupe racial n'est pas suffisante pour justifier une récusation motivée. Le ministère public va même plus loin en faisant valoir que, pour que les récusations motivées soient justifiées, les préjugés raciaux dans la collectivité doivent avoir un lien avec des aspects particuliers du procès. Plus particulièrement, il soutient que lorsque, comme en l'espèce, la défense allègue que le crime a été perpétré par un autre autochtone, la race ne saurait avoir aucune pertinence car le jury doit choisir entre deux autochtones.

En toute déférence, je ne puis retenir cet argument. À mon avis, il est trop restrictif. La preuve de préjugés raciaux largement répandus peut, selon sa nature et les circonstances de l'affaire, mener à la conclusion qu'il y a possibilité réaliste de partialité. La possibilité de partialité est irrefutable lorsque les préjugés peuvent être liés à des aspects particuliers du procès, comme dans le cas de la croyance largement répandue que des gens de la

26

27

likely to commit the crime charged. But it may be made out in the absence of such links.

28 Racial prejudice against the accused may be detrimental to an accused in a variety of ways. The link between prejudice and verdict is clearest where there is an “interracial element” to the crime or a perceived link between those of the accused’s race and the particular crime. But racial prejudice may play a role in other, less obvious ways. Racist stereotypes may affect how jurors assess the credibility of the accused. Bias can shape the information received during the course of the trial to conform with the bias: see *Parks, supra*, at p. 372. Jurors harbouring racial prejudices may consider those of the accused’s race less worthy or perceive a link between those of the accused’s race and crime in general. In this manner, subconscious racism may make it easier to conclude that a black or aboriginal accused engaged in the crime regardless of the race of the complainant: see Kent Roach, “Challenges for Cause and Racial Discrimination” (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410, at p. 421.

29 Again, a prejudiced juror might see the Crown as non-aboriginal or non-black and hence to be favoured over an aboriginal or black accused. The contest at the trial is between the accused and the Crown. Only in a subsidiary sense is it between the accused and another aboriginal. A prejudiced juror might be inclined to favour non-aboriginal Crown witnesses against the aboriginal accused. Or a racially prejudiced juror might simply tend to side with the Crown because, consciously or unconsciously, the juror sees the Crown as a defender of majoritarian interests against the minority he or she fears or disfavours. Such feelings might incline the juror to resolve any doubts against the accused.

30 Ultimately, it is within the discretion of the trial judge to determine whether widespread racial prejudice in the community, absent specific “links” to the trial, is sufficient to give an “air of

race de l’accusé sont plus susceptibles de commettre le crime reproché. Cependant, la partialité peut être établie en l’absence de tels liens.

Les préjugés raciaux contre l’accusé peuvent lui nuire de bien des façons. C’est lorsque le crime comporte un «aspect interracial» ou qu’un lien est perçu entre les gens de la race de l’accusé et le crime reproché que le lien entre les préjugés et le verdict est le plus évident. Mais les préjugés raciaux peuvent jouer un rôle d’autres manières moins évidentes. Les stéréotypes racistes peuvent influencer sur l’appréciation de la crédibilité de l’accusé par les jurés. Les préjugés peuvent déformer les informations reçues au cours du procès: voir *Parks*, précité, à la p. 372. Les jurés qui ont des préjugés raciaux peuvent considérer que les gens de la race de l’accusé sont moins respectables ou encore percevoir un lien entre les gens de la race de l’accusé et le crime en général. De cette manière, le racisme subconscient peut porter à conclure plus facilement que l’accusé noir ou autochtone a commis le crime, peu importe la race du plaignant: voir Kent Roach, «Challenges for Cause and Racial Discrimination» (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410, à la p. 421.

Là encore, un juré qui a des préjugés pourrait percevoir le ministère public comme n’étant pas autochtone ou noir et penser devoir le favoriser au détriment d’un accusé autochtone ou noir. Le procès oppose l’accusé et le ministère public. Ce n’est qu’accessoirement qu’il oppose l’accusé et un autre autochtone. Un juré qui a des préjugés pourrait être enclin à favoriser les témoins à charge qui ne sont pas des autochtones, au détriment de l’accusé autochtone. Ou encore un juré qui a des préjugés raciaux pourrait simplement avoir tendance à prendre parti pour le ministère public parce que, consciemment ou non, il le perçoit comme un défenseur des intérêts de la majorité contre la minorité qu’il craint ou désapprouve. Ces sentiments pourraient pousser le juré à priver l’accusé du bénéfice du doute.

En fin de compte, il relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de déterminer si, en l’absence de «liens» particuliers avec le procès, les préjugés raciaux largement répandus dans la col-

reality” to the challenge in the particular circumstances of each case. The following excerpt from *Parks, supra*, at pp. 378-79, *per Doherty J.A.*, states the law correctly:

I am satisfied that in at least some cases involving a black accused there is a realistic possibility that one or more jurors will discriminate against that accused because of his or her colour. In my view, a trial judge, in the proper exercise of his or her discretion, could permit counsel to put the question posed in this case, in any trial held in Metropolitan Toronto involving a black accused. I would go further and hold that it would be the better course to permit that question in all such cases where the accused requests the inquiry.

There will be circumstances in addition to the colour of the accused which will increase the possibility of racially prejudiced verdicts. It is impossible to provide an exhaustive catalogue of those circumstances. Where they exist, the trial judge must allow counsel to put the question suggested in this case.

At the second stage of the actual challenge for cause, the issue of how any prejudice may play out in the context of the trial comes to the forefront. The triers may conclude that the connection between a prospective juror’s prejudices and the trial is so small that they cannot realistically translate into partiality. Conversely, the triers might conclude that a prospective juror’s beliefs that people of the accused’s race are more likely than others to commit the type of crime alleged are highly indicative of partiality. Such considerations, while not essential to finding a right to challenge for cause, may be determinative on the challenge for cause itself.

(3) *Confusion Between the Two Phases of the Challenge for Cause Process*

Section 638(2) requires two inquiries and entails two different decisions with two different tests. The first stage is the inquiry before the judge to

lectivité sont suffisants pour conférer une «vraisemblance» à la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. Dans l’extrait suivant de l’arrêt *Parks*, précité, aux pp. 379 et 380, le juge Doherty énonce correctement l’état du droit:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu’à tout le moins dans certains cas où l’accusé est noir il y a une possibilité réaliste qu’un seul ou plusieurs jurés fassent preuve de discrimination envers l’accusé à cause de la couleur de sa peau. À mon avis, le juge du procès pourrait, en exerçant à bon droit son pouvoir discrétionnaire, permettre à l’avocat de poser la question formulée en l’espèce, et ce, dans tout procès tenu dans la communauté urbaine de Toronto où l’accusé est noir. J’irais même jusqu’à conclure qu’il serait préférable de permettre que cette question soit posée dans tous les cas où l’accusé demande l’examen.

Outre la couleur de l’accusé, il y aura des facteurs qui augmenteront la possibilité de verdicts influencés par des préjugés raciaux. Il est impossible de dresser une liste exhaustive de ces facteurs. S’ils existent, le juge du procès doit permettre à l’avocat de poser la question proposée en l’espèce.

À la seconde étape où l’on procède vraiment à la récusation motivée, la question de savoir comment des préjugés peuvent jouer dans le contexte du procès est au premier plan. Les vérificateurs chargés de déterminer si la récusation est fondée peuvent conclure que le lien entre les préjugés d’un candidat juré et le procès est si ténu qu’ils ne peuvent pas réalistement le rendre partial. À l’inverse, les vérificateurs pourraient conclure que la croyance d’un candidat juré que les gens de la race de l’accusé sont plus susceptibles que les autres de commettre le genre de crime reproché tend fortement à indiquer qu’il sera partial. Ces considérations, quoique non essentielles pour conclure à l’existence d’un droit de récusation motivée, peuvent être déterminantes relativement à la récusation motivée elle-même.

(3) *Confusion des deux étapes du processus de récusation motivée*

Le paragraphe 638(2) prescrit deux examens et deux décisions distinctes comportant l’application de deux critères différents. La première étape est

31

32

determine whether challenges for cause should be permitted. The test at this stage is whether there is a realistic potential or possibility for partiality. The question is whether there is reason to suppose that the jury pool may contain people who are prejudiced and whose prejudice might not be capable of being set aside on directions from the judge. The operative verbs at the first stage are “may” and “might”. Since this is a preliminary inquiry which may affect the accused’s *Charter* rights (see below), a reasonably generous approach is appropriate.

l’examen qui a lieu devant le juge afin de déterminer s’il y a lieu d’autoriser des récusations motivées. Le critère applicable consiste alors à se demander s’il y a une possibilité réaliste de partialité. Il s’agit de décider s’il y a des raisons de croire que le tableau des jurés peut comprendre des personnes ayant des préjugés qui, après avoir reçu les directives du juge, pourraient ne pas être capables de les laisser de côté. Les mots clefs, à la première étape, sont «peut» et «pourraient». Comme il s’agit d’un examen préliminaire qui peut porter atteinte aux droits garantis à l’accusé par la *Charte* (voir plus loin), il convient d’adopter une approche raisonnablement libérale.

33 If the judge permits challenges for cause, a second inquiry occurs on the challenge itself. The defence may question potential jurors as to whether they harbour prejudices against people of the accused’s race, and if so, whether they are able to set those prejudices aside and act as impartial jurors. The question at this stage is whether the candidate in question will be able to act impartially. To demand, at the preliminary stage of determining whether a challenge for cause should be permitted, proof that the jurors in the jury pool will not be able to set aside any prejudices they may harbour and act impartially, is to ask the question more appropriate for the second stage.

Si le juge autorise des récusations motivées, celles-ci font alors l’objet du second examen. La défense peut interroger les candidats jurés pour vérifier s’ils ont des préjugés contre les gens de la race de l’accusé et, dans l’affirmative, s’ils sont capables de les laisser de côté et d’être des jurés impartiaux. Il s’agit alors de décider si le candidat en question sera capable d’agir impartialement. À l’étape préliminaire où il faut déterminer s’il y a lieu de permettre une récusation motivée, exiger la preuve que les jurés inscrits au tableau seront incapables de laisser de côté tout préjugé qu’ils peuvent avoir et d’agir impartialement, c’est poser la question qu’il convient davantage de poser à la seconde étape.

34 The Crown conflates the two stages of the process. Instead of asking whether there is a potential or possibility of partiality at the stage of determining the right to challenge for cause, it demands proof that widespread racism will result in a partial jury. The assumption is that absent such evidence, no challenge for cause should be permitted. This is not the appropriate question at the preliminary stage of determining the right to challenge for cause. The question at this stage is not whether anyone in the jury pool will in fact be unable to set aside his or her racial prejudices but whether there is a realistic possibility that this could happen.

Le ministère public confond les deux étapes du processus. Au lieu de se demander s’il y a une possibilité de partialité à l’étape où il faut décider du droit de récusation motivée, il exige la preuve que le racisme largement répandu entraînera la formation d’un jury partial. On suppose qu’en l’absence de cette preuve aucune récusation motivée ne devrait être permise. Ce n’est pas la question qu’il convient de se poser à l’étape préliminaire où il faut décider du droit de récusation motivée. À cette étape, la question n’est pas de savoir si l’un ou l’autre des jurés inscrits au tableau sera incapable, dans les faits, de laisser de côté ses préjugés raciaux, mais plutôt de savoir s’il y a une possibilité réaliste que cela se produise.

(4) *Impossibility of Proving That Racism in Society Will Lead to Juror Partiality*

To require the accused to present evidence that jurors will in fact be unable to set aside their prejudices as a condition of challenge for cause is to set the accused an impossible task. It is extremely difficult to isolate the jury decision and attribute a particular portion of it to a given racial prejudice observed at the community level. Jury research based on the study of actual trials cannot control all the variables correlated to race. Studies of mock juries run into external validity problems because they cannot recreate an authentic trial experience: see Jeffrey E. Pfeifer, "Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?" (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230. As recognized by Doherty J.A. in *Parks*, *supra*, at p. 366, "[t]he existence and extent of [matters such as] racial bias are not issues which can be established in the manner normally associated with the proof of adjudicative facts".

"Concrete" evidence as to whether potential jurors can or cannot set aside their racial prejudices can be obtained only by questioning a juror. If the Canadian system permitted jurors to be questioned after trials as to how and why they made the decisions they did, there might be a prospect of obtaining empirical information on whether racially prejudiced jurors can set aside their prejudices. But s. 649 of the *Code* forbids this. So, imperfect as it is, the only way we have to test whether racially prejudiced jurors will be able to set aside their prejudices and judge impartially between the Crown and the accused, is by questioning prospective jurors on challenges for cause. In many cases, we can infer from the nature of widespread racial prejudice, that some jurors at least may be influenced by those prejudices in their deliberations. Whether or not this risk will materialize must be left to the triers of impartiality on the challenge for cause. To make it a condition of the right to challenge to cause is to require the

(4) *Impossibilité de prouver que le racisme dans la société entraînera la partialité d'un juré*

Exiger, comme condition des récusations motivées, que l'accusé prouve que des jurés seront incapables, dans les faits, de laisser de côté leurs préjugés, c'est lui imposer une tâche impossible. Il est extrêmement difficile d'isoler la décision du jury et d'en attribuer une partie à un certain préjugé racial observé dans la collectivité. Les recherches sur les jurys qui reposent sur l'étude de procès réels ne peuvent pas contrôler toutes les variables en corrélation avec la race. Les études portant sur des jurys simulés butent sur des problèmes de validité externe parce qu'elles ne peuvent pas recréer fidèlement un procès authentique: voir Jeffrey E. Pfeifer, «Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?» (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230. Comme l'a reconnu le juge Doherty dans *Parks*, précité, à la p. 366, [TRADUCTION] «[l]'existence et l'étendue des préjugés raciaux [notamment] ne sont pas des questions dont on peut établir la preuve comme cela se fait normalement pour les faits en litige».

Seul l'interrogatoire d'un juré peut permettre d'obtenir une preuve «tangibile» de sa capacité de laisser de côté ses préjugés raciaux. Si le système canadien permettait d'interroger les jurés, après le procès, afin de connaître comment et pourquoi ils ont pris leur décision, il serait possible de réunir des données empiriques sur la capacité des jurés de laisser de côté leurs préjugés raciaux. Mais l'art. 649 du *Code* l'interdit. Le seul moyen, si imparfait soit-il, dont nous disposons pour vérifier si des jurés ayant des préjugés raciaux seront capables de les laisser de côté et de juger impartialement entre le ministère public et l'accusé, consiste donc à interroger les candidats jurés dans le cadre de récusations motivées. Dans bien des cas, nous pouvons déduire de la nature des préjugés raciaux largement répandus que certains jurés du moins pourront être influencés par ces préjugés au cours de leurs délibérations. La question de savoir si ce risque se concrétisera doit être laissée à l'appréciation des vérificateurs de l'impartialité, dans

35

36

defence to prove the impossible and to accept that some jurors may be partial.

(5) *Failure to Read Section 638(1)(b) Purposively*

37 The object of s. 638(1)(b) must be to prevent persons who may not be able to act impartially from sitting as jurors. This object cannot be achieved if the evidentiary threshold for challenges for cause is set too high.

38 As discussed above, to ask an accused person to present evidence that some jurors will be unable to set their prejudices aside is to ask the impossible. We may infer in many cases, however, from the nature of racial prejudice, that some prospective jurors, in a community where prejudice against people of the accused's race is widespread, may be both prejudiced and unable to identify completely or free themselves from the effects of those prejudices. It follows that the requirement of concrete evidence that widespread racism will cause partiality would not fulfill the purpose of s. 638(1)(b).

39 Similarly, an evidentiary threshold of extreme prejudice would fail to fulfill the object of s. 638(1)(b). Extreme prejudice is not the only sort of prejudice that may render a juror partial. Ordinary "garden-variety" prejudice has the capacity to sway a juror and may be just as difficult to detect and eradicate as hatred. A threshold met only in exceptional cases would catch only the grossest forms of racial prejudice. Less extreme situations may raise a real risk of partiality. Yet there would be no screening of jurors in those situations. The aim of the section — to permit partial jurors to be identified and eliminated — would be only partially achieved. The exceptional nature of a situation is a poor indicator of whether there is a realistic danger or potential of partiality. Widespread racial prejudice is by definition not exceptional. Indeed, the very fact that it is not exceptional may add to a concern that some members of the jury

le cadre de la récusation motivée. En faire une condition du droit de récusation motivée, c'est obliger la défense à prouver l'impossible et accepter que certains jurés pourront être partiaux.

(5) *Omission d'interpréter l'alinéa 638(1)b en fonction de l'objet visé*

L'alinéa 638(1)b doit avoir pour objet d'empêcher des personnes qui peuvent être incapables d'agir impartialement d'exercer la fonction de juré. Cet objet ne pourra pas être réalisé si le critère préliminaire de preuve en matière de récusations motivées est trop strict.

Comme nous l'avons vu, demander à un accusé de prouver que certains jurés seront incapables de laisser de côté leurs préjugés, c'est demander l'impossible. Toutefois, dans bien des cas, nous pouvons déduire de la nature des préjugés raciaux que, dans une collectivité où sont largement répandus les préjugés contre les gens de la race de l'accusé, certains candidats jurés pourront à la fois avoir des préjugés et être incapables d'en déceler complètement les effets et d'y échapper. Il s'ensuit que l'exigence d'une preuve tangible que le racisme largement répandu entraînera la partialité ne permettrait pas de réaliser l'objet de l'al. 638(1)b.

De même, un critère préliminaire de preuve exigeant des préjugés extrêmes ne permettrait pas non plus de réaliser l'objet de l'al. 638(1)b. Les préjugés extrêmes ne sont pas les seuls qui peuvent rendre un juré partial. Les préjugés habituels peuvent influencer un juré et peuvent être aussi difficiles à déceler et à éliminer que la haine. Un critère préliminaire auquel on ne satisferait que dans des cas exceptionnels ne viserait que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux. Des situations moins extrêmes peuvent engendrer un risque réel de partialité. Pourtant, aucune sélection de jurés ne serait faite dans ces situations. Le but de la disposition — permettre de déceler et d'écarter les jurés partiaux — ne serait atteint qu'en partie. La nature exceptionnelle d'une situation indique mal si l'on est en présence d'un risque ou d'une possibilité réaliste de partialité. Par définition, les préjugés raciaux largement répandus ne sont pas exception-

pool may possess attitudes that may interfere with the impartial discharge of their obligations.

This raises the question of what evidentiary standard is appropriate on applications to challenge for cause based on racial prejudice. The appellant appears to accept the standard of widespread racial prejudice in the community. Interveners, however, urge a lower standard. One suggestion is that all aboriginal accused should have the right to challenge for cause. Another is that any accused who is a member of a disadvantaged group under s. 15 of the *Charter* should have the right to challenge for cause. Also possible is a rule which permits challenge for cause whenever there is bias against the accused's race in the community, even if that bias is not general or widespread.

A rule that accords an automatic right to challenge for cause on the basis that the accused is an aboriginal or member of a group that encounters discrimination conflicts from a methodological point of view with the approach in *Sherratt, supra*, that an accused may challenge for cause only upon establishing that there is a realistic potential for juror partiality. For example, it is difficult to see why women should have an automatic right to challenge for cause merely because they have been held to constitute a disadvantaged group under s. 15 of the *Charter*. Moreover, it is not correct to assume that membership in an aboriginal or minority group always implies a realistic potential for partiality. The relevant community for purposes of the rule is the community from which the jury pool is drawn. That community may or may not harbour prejudices against aboriginals. It likely would not, for example, in a community where aboriginals are in a majority position. That said, absent evidence to the contrary, where widespread prejudice against people of the accused's race is demonstrated at a national or provincial level, it

nels. En réalité, le fait même qu'ils ne soient pas exceptionnels peut renforcer la crainte que certains membres du tableau des jurés puissent avoir des attitudes susceptibles de compromettre l'exécution impartiale de leurs obligations.

Cela soulève la question de la norme de preuve appropriée pour les demandes de récusation fondées sur des préjugés raciaux. L'appelant semble accepter la norme des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité. Des intervenants préconisent toutefois une norme moins stricte. L'un d'eux propose que tous les accusés autochtones aient le droit de récusation motivée. Un autre est d'avis que tout accusé appartenant à un groupe défavorisé au sens de l'art. 15 de la *Charte* devrait avoir ce droit. Il est possible en outre d'opter pour une règle autorisant les récusations motivées dans tous les cas où il y a des préjugés contre la race de l'accusé dans la collectivité, même si ces préjugés ne sont pas généraux ni largement répandus.

Une règle qui accorde un droit de récusation motivée automatique aux autochtones ou aux membres de groupes victimes de discrimination est incompatible, sur le plan méthodologique, avec le point de vue adopté dans *Sherratt*, précité, selon lequel l'accusé ne peut procéder à la récusation motivée qu'après avoir établi qu'il y a une possibilité réaliste de partialité chez le candidat juré. Par exemple, il est difficile de voir pourquoi les femmes devraient avoir un droit de récusation motivée automatique simplement parce qu'il a été jugé qu'elles forment un groupe défavorisé au sens de l'art. 15 de la *Charte*. De plus, il est erroné de supposer que l'appartenance à un groupe autochtone ou minoritaire implique toujours une possibilité réaliste de partialité. La collectivité pertinente aux fins de la règle est celle à partir de laquelle est dressé le tableau des jurés. Il se peut que cette collectivité ait ou n'ait pas des préjugés contre les autochtones. Elle n'en aurait vraisemblablement pas, par exemple, si les autochtones y étaient majoritaires. Cela dit, en l'absence de preuve contraire, lorsqu'il est démontré qu'il existe, à l'échelon national ou provincial, des préjugés largement répandus contre les gens de la race de l'accusé, il

40

41

will often be reasonable to infer that such prejudice is replicated at the community level.

sera souvent raisonnable de déduire que ces préjugés se retrouvent à l'échelon de la collectivité.

42 On the understanding that the jury pool is representative, one may safely insist that the accused demonstrate widespread or general prejudice against his or her race in the community as a condition of bringing a challenge for cause. It is at this point that bigoted or prejudiced people have the capacity to affect the impartiality of the jury.

Pourvu que le tableau des jurés soit représentatif, on peut à coup sûr exiger, comme condition d'une récusation motivée, que l'accusé démontre l'existence, dans la collectivité, de préjugés généraux ou largement répandus contre sa race. C'est à ce stade que les gens sectaires ou ayant des préjugés sont en mesure de compromettre l'impartialité du jury.

43 I add this. To say that widespread racial prejudice in the community can suffice to establish the right to challenge for cause in many cases is not to rule out the possibility that prejudice less than widespread might in some circumstances meet the *Sherratt* test. The ultimate question in each case is whether the *Sherratt* standard of a realistic potential for partiality is established.

J'ajoute ceci. Affirmer que les préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité peuvent suffire, dans bien des cas, pour établir le droit de récusation motivée ne revient pas à exclure la possibilité que des préjugés qui ne sont pas largement répandus satisfassent, dans certains cas, au critère de l'arrêt *Sherratt*. Il reste à décider, dans chaque cas, si on satisfait à la norme de la possibilité réaliste de partialité, établie dans *Sherratt*.

(6) *Failure to Interpret Section 638(1)(b) in Accordance with the Charter*

(6) *Omission d'interpréter l'alinéa 638(1)b conformément à la Charte*

44 Parliament's laws should be interpreted in a way that conforms to the constitutional requirements of the *Charter*: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. More particularly, where Parliament confers a discretion on a judge, it is presumed that Parliament intended the judge to exercise that discretion in accordance with the *Charter*: see *Slaight, supra*. This applies to the discretion conferred on trial judges by s. 638(2) of the *Code*.

Les lois du Parlement doivent être interprétées d'une manière conforme aux exigences constitutionnelles de la *Charte*: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Plus particulièrement, lorsque le législateur confère un pouvoir discrétionnaire à un juge, on présume qu'il veut que ce dernier l'exerce conformément à la *Charte*: voir *Slaight*, précité. Cela vaut également pour le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès par le par. 638(2) du *Code*.

45 The s. 11(d) of the *Charter* guarantees to all persons charged in Canada the right to be presumed innocent "until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". A *Charter* right is meaningless, unless the accused is able to enforce it. This means that the accused must be permitted to challenge potential jurors where there is a realistic potential or possibility that some among the jury pool may harbour prejudices that deprive them of their impartiality.

L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit à tout accusé au Canada le droit d'être présumé innocent «tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». Un droit garanti par la *Charte* sera illusoire si l'accusé est incapable de le faire respecter. Cela signifie qu'il faut lui permettre de récuser des candidats jurés lorsqu'il y a une possibilité réaliste qu'ils aient des préjugés qui les dépouillent de leur impartialité.

This Court in *Sherratt*, *supra*, at p. 525, *per* L'Heureux-Dubé J., asserted the need for guarantees, as opposed to presumptions, of impartiality if *Charter* rights are to be respected:

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place.

Doherty J.A. in *Parks*, *supra*, at p. 362, similarly underlined the need for safeguards of the accused's s. 11(d) *Charter* rights:

The accused's statutory right to challenge potential jurors for cause based on partiality is the only direct means an accused has to secure an impartial jury. The significance of the challenge process to both the appearance of fairness, and fairness itself, must not be underestimated.

The challenge for cause is an essential safeguard of the accused's s. 11(d) *Charter* right to a fair trial and an impartial jury. A representative jury pool and instructions from counsel and the trial judge are other safeguards. But the right to challenge for cause, in cases where it is shown that a realistic potential exists for partiality, remains an essential filament in the web of protections the law has woven to protect the constitutional right to have one's guilt or innocence determined by an impartial jury. If the *Charter* right is undercut by an interpretation of s. 638(1)(b) that sets too high a threshold for challenges for cause, it will be jeopardized.

The accused's right to be tried by an impartial jury under s. 11(d) of the *Charter* is a fair trial right. But it may also be seen as an anti-discrimination right. The application, intentional or unin-

À la page 525 de l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a affirmé, par l'intermédiaire du juge L'Heureux-Dubé, qu'il est nécessaire d'avoir des garanties, plutôt que des présomptions, d'impartialité si on veut que les droits garantis par la *Charte* soient respectés:

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ.

À la page 362 de l'arrêt *Parks*, précité, le juge Doherty a souligné de la même façon la nécessité des garanties de respect des droits que la *Charte* confère à l'accusé:

[TRADUCTION] Le droit de récusation des candidats jurés pour cause de partialité, que la loi confère à l'accusé, est le seul moyen direct dont il dispose pour s'assurer de l'impartialité du jury. Il ne faut pas sous-estimer l'importance du processus de récusation pour ce qui est d'assurer non seulement l'apparence d'équité mais encore l'équité elle-même.

La récusation motivée est une garantie essentielle du droit à un procès équitable et à un jury impartial, que l'al. 11d) de la *Charte* confère à l'accusé. Un tableau des jurés représentatif et les directives des avocats et du juge du procès constituent d'autres garanties. Mais dans les cas où il est établi qu'il existe une possibilité réaliste de partialité, le droit de récusation motivée reste une maille essentielle du filet de protection que la loi a conçu pour garantir le droit constitutionnel de chacun d'être déclaré coupable ou innocent par un jury impartial. Le droit garanti par la *Charte* sera compromis s'il est miné par une interprétation de l'al. 638(1)b) qui fixe un critère trop strict pour les récusations motivées.

Le droit d'être jugé par un jury impartial, que l'al. 11d) de la *Charte* confère à l'accusé, est un droit à un procès équitable. Mais il peut aussi être considéré comme un droit à la protection contre

46

47

48

tentional, of racial stereotypes to the detriment of an accused person ranks among the most destructive forms of discrimination. The result of the discrimination may not be the loss of a benefit or a job or housing in the area of choice, but the loss of the accused's very liberty. The right must fall at the core of the guarantee in s. 15 of the *Charter* that "[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination".

49 Section s. 638(1)(b) should be read in light of the fundamental rights to a fair trial by an impartial jury and to equality before and under the law. A principled exercise of discretion in accordance with *Charter* values is required: see *Sherratt, supra*.

50 Although allowing challenges for cause in the face of widespread racial prejudice in the community will not eliminate the possibility of jury verdicts being affected by racial prejudice, it will have important benefits. Jurors who are honest or transparent about their racist views will be removed. All remaining jurors will be sensitized from the outset of the proceedings regarding the need to confront racial prejudice and will help ensure that it does not impact on the jury verdict. Finally, allowing such challenges will enhance the appearance of trial fairness in the eyes of the accused and other members of minority groups facing discrimination: see *Parks, supra*.

(7) *The Slippery Slope Argument*

51 The Crown concedes that practical concerns cannot negate the right to a fair trial. The Court of Appeal also emphasized this. Yet behind the conservative approach some courts have taken, one detects a fear that to permit challenges for cause on the ground of widespread prejudice in the community would be to render our trial process more complex and more costly, and would represent an invasion of the privacy interests of prospective

toute discrimination. L'application, intentionnelle ou non, de stéréotypes raciaux au détriment d'un accusé compte parmi les formes les plus destructrices de discrimination. Pour l'accusé, la discrimination peut entraîner non pas la perte d'un avantage, d'un emploi ou d'un logement dans le secteur souhaité, mais la perte de sa liberté même. Ce droit doit être au cœur de la garantie contenue à l'art. 15 de la *Charte*, selon laquelle «[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination».

L'alinéa 638(1)(b) devrait être interprété en fonction des droits fondamentaux à un procès équitable devant un jury impartial, et à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi. L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être fondé sur des principes et conforme aux valeurs de la *Charte*: voir *Sherratt*, précité.

Même si l'autorisation des récusations motivées, lorsqu'il y a des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité, n'éliminera pas la possibilité que le verdict d'un jury soit influencé par des préjugés raciaux, elle comportera d'importants avantages. Les jurés qui font preuve de sincérité et de transparence au sujet de leurs opinions racistes seront écartés. Les autres seront sensibilisés d'entrée de jeu à la nécessité de faire face aux préjugés raciaux et aideront à assurer qu'ils n'aient aucun effet sur leur verdict. Finalement, permettre ces récusations augmentera l'apparence d'équité du procès aux yeux de l'accusé et des autres membres des minorités victimes de discrimination: voir *Parks*, précité.

(7) *L'argument du doigt dans l'engrenage*

Le ministère public reconnaît que des craintes d'ordre pratique ne sauraient annihiler le droit à un procès équitable. Cela a également été souligné par la Cour d'appel. Néanmoins, on décèle, derrière l'approche prudente que certains tribunaux ont adoptée, la crainte que l'autorisation des récusations fondées sur des préjugés largement répandus dans la collectivité ne rende nos procès plus complexes et coûteux et ne porte atteinte aux droits à la

jurors without a commensurate increase in fairness. Some have openly expressed the fear that if challenges for cause are permitted on grounds of racial prejudice, the Canadian approach will quickly evolve into the approach in the United States of routine and sometimes lengthy challenges for cause of every juror in every case with attendant cost, delay and invasion of juror privacy.

In my view, the rule enunciated by this Court in *Sherratt, supra*, suffices to maintain the right to a fair and impartial trial, without adopting the United States model or a variant on it. *Sherratt* starts from the presumption that members of the jury pool are capable of serving as impartial jurors. This means that there can be no automatic right to challenge for cause. In order to establish such a right, the accused must show that there is a realistic potential that some members of the jury pool may be biased in a way that may impact negatively on the accused. A realistic potential of racial prejudice can often be demonstrated by establishing widespread prejudice in the community against people of the accused's race. As long as this requirement is in place, the Canadian rule will be much more restrictive than the rule in the United States.

In addition, procedures on challenges for cause can and should be tailored to protect the accused's right to a fair trial by an impartial jury, while also protecting the privacy interests of prospective jurors and avoiding lengthening trials or increasing their cost.

In the case at bar, the accused called witnesses and tendered studies to establish widespread prejudice in the community against aboriginal people. It may not be necessary to duplicate this investment in time and resources at the stage of establishing racial prejudice in the community in all subsequent cases. The law of evidence recognizes two ways in which facts can be established in the trial process. The first is by evidence. The second is by judicial notice. Tanovich, Paciocco

vie privée des candidats jurés, sans que l'équité ne soit augmentée d'autant. D'aucuns ont exprimé ouvertement la crainte que si des récusations fondées sur des préjugés raciaux sont autorisées, l'approche suivie au Canada ne finisse rapidement par devenir celle des États-Unis, qui consiste, dans tous les cas, à recourir systématiquement à la récusation motivée de chaque candidat juré, qui prend parfois beaucoup de temps et qui est coûteuse, dilatoire et attentatoire à la vie privée des jurés.

À mon avis, la règle énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Sherratt*, précité, suffit pour maintenir le droit à un procès équitable et impartial, sans qu'il soit nécessaire d'adopter le modèle américain ou une variante de ce modèle. L'arrêt *Sherratt* tient pour acquis, au départ, que les membres du tableau des jurés sont capables d'être des jurés impartiaux. Cela signifie qu'il ne saurait y avoir aucun droit de récusation motivée automatique. Pour établir l'existence de ce droit, l'accusé doit montrer qu'il y a une possibilité réaliste que certains membres du tableau des jurés aient des préjugés susceptibles d'avoir une incidence négative sur l'accusé. L'existence d'une possibilité réaliste de préjugés raciaux peut souvent être établie en démontrant l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les gens de la race de l'accusé. Tant que cette exigence sera maintenue, la règle canadienne sera beaucoup plus restrictive que la règle américaine.

De plus, la procédure de récusation motivée peut et devrait être conçue pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable devant un jury impartial, tout en protégeant aussi le droit à la vie privée des candidats jurés et en évitant l'allongement des procès ou l'augmentation de leur coût.

En l'espèce, l'accusé a assigné des témoins et produit des études pour établir l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones. Il ne sera peut-être pas nécessaire, dans toutes les instances ultérieures, de consacrer tout ce temps et toutes ces ressources à la preuve des préjugés raciaux dans la collectivité. Le droit de la preuve reconnaît deux modes d'établissement des faits au procès. Le premier est la preuve. Le second est la connaissance d'office. Tanovich,

52

53

54

and Skurka observe that because of the limitations on the traditional forms of proof in this context, “doctrines of judicial notice [will] play a significant role in determining whether a particular request for challenge for cause satisfies the threshold test”: see *Jury Selection in Criminal Trials* (1997), at p. 138. Judicial notice is the acceptance of a fact without proof. It applies to two kinds of facts: (1) facts which are so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons; and (2) facts that are capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy: see Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 976. The existence of racial prejudice in the community may be a notorious fact within the first branch of the rule. As Sopinka, Lederman and Bryant note, at p. 977, “[t]he character of a certain place or of the community of persons living in a certain locality has been judicially noticed”. Widespread racial prejudice, as a characteristic of the community, may therefore sometimes be the subject of judicial notice. Moreover, once a finding of fact of widespread racial prejudice in the community is made on evidence, as here, judges in subsequent cases may be able to take judicial notice of the fact. “The fact that a certain fact or matter has been noted by a judge of the same court in a previous matter has precedential value and it is, therefore, useful for counsel and the court to examine the case law when attempting to determine whether any particular fact can be noted”: see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 977. It is also possible that events and documents of indisputable accuracy may permit judicial notice to be taken of widespread racism in the community under the second branch of the rule. For these reasons, it is unlikely that long inquiries into the existence of widespread racial prejudice in the community will become a regular feature of the criminal trial process. While these comments are not necessarily limited to challenges for cause, the question whether they are applicable to other

Paciocco et Skurka font observer qu’en raison des restrictions apportées aux modes traditionnels de preuve dans ce contexte, [TRADUCTION] «les règles de la connaissance d’office joue[r]ont un rôle important pour ce qui est déterminer si une demande particulière de récusation motivée satisfait au critère préliminaire»: voir *Jury Selection in Criminal Trials* (1997), à la p. 138. La connaissance d’office est l’acceptation d’un fait sans preuve. Celle-ci s’applique à deux genres de faits: (1) les faits dont la notoriété rend l’existence raisonnablement incontestable, et (2), les faits dont l’existence peut être démontrée immédiatement et exactement par le recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 976. L’existence de préjugés raciaux dans la collectivité peut être un fait notoire au sens du premier volet de la règle. Comme le font remarquer Sopinka, Lederman et Bryant, à la p. 977: [TRADUCTION] «[i]l y a eu connaissance d’office de la réputation d’un lieu donné ou d’une collectivité donnée». Les préjugés raciaux largement répandus peuvent donc parfois, en tant que caractéristique de la collectivité, faire l’objet d’une connaissance d’office. En outre, dès qu’un tribunal conclut, d’après les faits soumis en preuve, qu’il existe des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité, comme c’est le cas en l’espèce, les juges dans les instances ultérieures pourront prendre connaissance d’office de ce fait. [TRADUCTION] «Lorsqu’un juge de la même cour a pris connaissance d’office d’un fait ou d’une question dans une affaire antérieure, cela a valeur de précédent, et il est donc utile que les avocats et la cour examinent la jurisprudence pour décider si un fait donné peut faire l’objet d’une connaissance d’office»: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 977. Il est également possible que des faits et des documents dont l’exactitude est incontestable permettent de prendre connaissance d’office, selon le second volet de la règle, du racisme largement répandu dans la collectivité. Pour ces raisons, il est peu probable que le procès criminel en vienne à comporter régulièrement de longs examens destinés à vérifier l’existence de préjugés raciaux largement répandus. Bien que les présentes observations ne soient pas nécessairement limitées

phases of the criminal trial is not to be decided in the present case.

At the stage of the actual challenge for cause, the procedure is similarly likely to be summary. The trial judge has a wide discretion in controlling the process to prevent its abuse, to ensure that it is fair to the prospective juror as well as to the accused, and to avoid the trial's being unnecessarily prolonged by challenges for cause: see *Hubbert*, *supra*. In the case at bar, Hutchison J. at the first trial confined the challenge to two questions, subject to a few tightly controlled subsidiary questions. This is a practice to be emulated. The fear that trials will be lengthened and rendered more costly by upholding the right to challenge for cause where widespread racial prejudice is established is belied by the experience in Ontario since the ruling in *Parks*, *supra*. The Criminal Lawyers' Association (Ontario), an intervener, advised that in those cases where the matter arises, an average of 35-45 minutes is consumed. The Attorney General for Ontario did not contradict this statement and supports the appellant's position.

While cost-benefit analyses cannot ultimately be determinative, permitting challenges for cause on the basis of widespread prejudice against persons of the accused's race seems unlikely to lengthen or increase significantly the cost of criminal trials. Nor, properly managed, should it unduly impinge on the rights of jurors. As Doherty J.A. stated in *Parks*, *supra*, at p. 379:

In reaching my conclusion I have not relied on a costs/benefit analysis. Fairness cannot ultimately be measured on a balance sheet. . . . The only "cost" is a small increase in the length of the trial. There is no "cost" to the prospective juror. He or she should not be embarrassed by the question; nor can the question realistically be seen as an intrusion into a juror's privacy.

aux récusations motivées, la question de savoir si elles s'appliquent à d'autres phases du procès criminel ne doit pas être tranchée en l'espèce.

À l'étape de la récusation motivée elle-même, la procédure sera vraisemblablement aussi sommaire. Le juge du procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire de diriger ce processus afin d'empêcher qu'on en abuse, d'en assurer l'équité pour le candidat juré et pour l'accusé, et d'éviter que des récusations viennent prolonger inutilement le procès: voir *Hubbert*, précité. Lors du premier procès tenu dans la présente affaire, le juge Hutchison a limité le processus de récusation à deux questions, sous réserve de quelques questions accessoires rigoureusement contrôlées. C'est une pratique à imiter. La crainte que les procès ne soient plus longs et coûteux si le droit de récusation motivée est maintenu dans les cas où on établit l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démentie par l'expérience ontarienne depuis l'arrêt *Parks*, précité. L'intervenante, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), nous a informés que, dans les affaires où la question se pose, on y consacre, en moyenne, de 35 à 45 minutes. Le procureur général de l'Ontario n'a pas contredit cette assertion et appuie la position de l'appelant.

Bien que les analyses coûts-avantages ne puissent pas être concluantes, il semble qu'il y ait peu de chances que, en autorisant les récusations fondées sur les préjugés largement répandus contre la race de l'accusé, on allonge sensiblement les procès criminels ou qu'on en fasse augmenter sensiblement le coût. Si tout est bien géré, cela ne devrait pas non plus trop empiéter sur les droits des jurés. Comme le dit le juge Doherty dans *Parks*, précité, à la p. 379:

[TRADUCTION] Pour en arriver à cette conclusion, je n'ai pas fait d'analyse coûts-avantages. L'équité ne saurait en fin de compte être évaluée comme un poste de bilan. [. . .] Le seul «coût» est une faible augmentation de durée du procès. Ce n'est pas un «coût» pour le candidat juré. Il ne devrait pas être gêné par cette question, qui ne devrait pas non plus être réalistement perçue comme une atteinte à la vie privée d'un juré.

55

56

Summary

57

There is a presumption that a jury pool is composed of persons who can serve impartially. However, where the accused establishes that there is a realistic potential for partiality, the accused should be permitted to challenge prospective jurors for cause under s. 638(1)(b) of the *Code*: see *Sherratt, supra*. Applying this rule to applications based on prejudice against persons of the accused's race, the judge should exercise his or her discretion to permit challenges for cause if the accused establishes widespread racial prejudice in the community.

Conclusion

58

Although they acknowledged the existence of widespread bias against aboriginals, both Esson C.J. and the British Columbia Court of Appeal held that the evidence did not demonstrate a reasonable possibility that prospective jurors would be partial. In my view, there was ample evidence that this widespread prejudice included elements that could have affected the impartiality of jurors. Racism against aboriginals includes stereotypes that relate to credibility, worthiness and criminal propensity. As the Canadian Bar Association stated in *Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release* (1988), at p. 5:

Put at its baldest, there is an equation of being drunk, Indian and in prison. Like many stereotypes, this one has a dark underside. It reflects a view of native people as uncivilized and without a coherent social or moral order. The stereotype prevents us from seeing native people as equals.

There is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system: see Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996), at p. 33; *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Find-*

Résumé

Il est présumé qu'un tableau des jurés est composé de personnes qui peuvent exercer impartialement la fonction de juré. Toutefois, lorsque l'accusé établit l'existence d'une possibilité réaliste de partialité, il devrait lui être permis de récuser les candidats jurés pour le motif exposé à l'al. 638(1)(b) du *Code*: voir *Sherratt*, précité. Appliquant cette règle aux demandes fondées sur les préjugés contre les gens de la race de l'accusé, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de permettre les récusations motivées si l'accusé établit l'existence de préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité.

Conclusion

Bien qu'ils aient reconnu l'existence de préjugés largement répandus contre les autochtones, le juge en chef Esson et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que la preuve n'établissait pas l'existence d'une possibilité réaliste que des candidats jurés soient partiaux. À mon avis, la preuve démontrait amplement qu'il y avait, dans ces préjugés largement répandus, des éléments susceptibles de compromettre l'impartialité des jurés. Le racisme dont sont victimes les autochtones comprend des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité. Comme l'a affirmé l'Association du Barreau canadien dans *Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release* (1988), à la p. 5:

[TRADUCTION] Tout simplement, être ivre, Indien et en prison sont les termes d'une même équation. À l'instar de nombreux stéréotypes, celui-là a un côté sombre. Il reflète une perception des autochtones comme formant un peuple non civilisé, dépourvu d'ordre social ou moral cohérent. Ce stéréotype nous empêche de considérer les autochtones comme des égaux.

Il y a une preuve que ce racisme largement répandu s'est traduit par une discrimination systématique dans le système de justice pénale: voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996), à la p. 37; *Royal Commission on the*

ings and Recommendations (1989), vol. 1, at p. 162; *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), at p. 11. Finally, as Esson C.J. noted, tensions between aboriginals and non-aboriginals have increased in recent years as a result of developments in such areas as land claims and fishing rights. These tensions increase the potential of racist jurors siding with the Crown as the perceived representative of the majority's interests.

In these circumstances, the trial judge should have allowed the accused to challenge prospective jurors for cause. Notwithstanding the accused's defence that another aboriginal person committed the robbery, juror prejudice could have affected the trial in many other ways. Consequently, there was a realistic potential that some of the jurors might not have been indifferent between the Crown and the accused. The potential for prejudice was increased by the failure of the trial judge to instruct the jury to set aside any racial prejudices that they might have against aboriginals. It cannot be said that the accused had the fair trial by an impartial jury to which he was entitled.

I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McCullough, Parsons, Victoria.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations (1989), vol. 1, à la p. 162; *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), à la p. 11. Enfin, comme l'a souligné le juge en chef Esson, les événements survenus ces dernières années dans le domaine notamment des revendications territoriales et des droits de pêche ont eu pour effet d'accroître les tensions entre autochtones et non-autochtones. Ces tensions renforcent la possibilité que des jurés racistes prennent parti pour le ministère public en le percevant comme le représentant des intérêts de la majorité.

Dans ces circonstances, le juge du procès aurait dû permettre à l'accusé de récuser des candidats jurés pour cause. En dépit du moyen de défense de l'accusé, selon lequel un autre autochtone avait commis le vol qualifié, les préjugés des jurés auraient pu nuire au procès de bien d'autres manières. En conséquence, il y avait une possibilité réaliste que certains des jurés ne soient pas impartiaux entre le ministère public et l'accusé. La possibilité de préjugés a été renforcée par l'omission du juge du procès de demander aux jurés, dans ses directives, de laisser de côté tous préjugés raciaux qu'ils pouvaient avoir contre les autochtones. On ne peut pas dire que l'accusé a subi le procès équitable devant un jury impartial auquel il avait droit.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: McCullough, Parsons, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

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

59

60

Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: The African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations (Justice): Falconer, Macklin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenante l'African Canadian Legal Clinic: L'African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Urban Alliance on Race Relations (Justice): Falconer, Macklin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Pinkofsky, Lockyer, Toronto.