

Craig Alexander Bain *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: **R. v. BAIN**

File No.: 21401.

1991: June 26; 1992: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

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

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

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

Craig Alexander Bain *Appelant*

c.

"Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: **R. C. BAIN**

c. Nº du greffe: 21401.

1991: 26 juin; 1992: 23 janvier.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b

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

c

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

d

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

e

f

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

g

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Cory J.

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

By Stevenson J.

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

By Gonthier J. (dissenting)

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

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

Citée par le juge Stevenson

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

Citée par le juge Gonthier (dissident)

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

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

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (respecting jurors), S.C. 1917, c. 13, s. 1.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 11(d), 15.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.1, 429, 558, 562(1), (2) [rep. & sub. S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 10], (3), 563(1), (2), (3), 567(1) [am. S.C. 1977-78, c. 36, s. 5], (2), 570(1), (2), 577, 613(1)(b)(iv) (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271.1, 471, 536(2), 629, 633(1), (2), (3), 634(1), (2), (3), 638(1), (2), 641(1), (2), 650, 686(1)(b)(iv)).

Criminal Code, S.C. 1917, c. 13, s. 1.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 668(9).

Criminal Justice Act 1988, (U.K.) 1988, c. 33.

Juries Act, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 6.

Juries Act, R.S.O. 1980, c. 226, s. 12.

Juries Act, 1825 (Eng.), 6 Geo. 4, c. 50, s. 29.

Juries Act 1974 (Eng.), 1974, c. 23.

Jurors Act, R.S.Q., c. J-2, s. 15.

Jury Act, R.S.B.C. 1979, c. 210, s. 9.

Jury Act, R.S.M. 1987, c. J30, s. 17.

Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 11.

Jury Act, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 7.

Jury Act, S.N. 1980, c. 41, s. 17.

Jury Act, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 13.

Jury Act, 1981, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 6.

Ordinance for Inquests (Eng.), 33 Ed. 1, c. 4.

28 U.S.C. § 1866(c)(2).

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

d

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10b), 11d), 15.

Code criminel, S.C. 1917, ch. 13, art. 1.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.1, 429, 558, 562(1), (2) [abr. & rempl. S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 10], (3), 563(1), (2), (3), 567(1) [mod. S.C. 1977-78, ch. 36, art. 5], (2), 570(1), (2), 577, 613(1)b)(iv) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271.1, 471, 536(2), 629, 633(1), (2), (3), 634(1), (2), (3), 638(1), (2), 641(1), (2), 650, 686(1)b)(iv)).

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 668(9).

Criminal Justice Act 1988, (R.-U.) 1988, ch. 33.

Juries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 6.

Juries Act, 1825 (Eng.), 6 Geo. 4, ch. 50, art. 29.

Juries Act 1974 (Eng.), 1974, ch. 23.

Jury Act, R.S.B.C. 1979, ch. 210, art. 9.

Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 11.

Jury Act, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 7.

Jury Act, S.N. 1980, ch. 41, art. 17.

Jury Act, 1981, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 6.

Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés), S.C. 1917, ch. 13, art. 1.

Loi sur les jurés, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 13.

Loi sur les jurés, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 17.

Loi sur les jurés, L.R.Q., ch. J-2, art. 15.

Loi sur les jurys, L.R.O. 1980, ch. 226, art. 12.

Ordinance for Inquests (Eng.), 33 Ed. 1, ch. 4.

28 U.S.C. § 1866c)(2).

Authors Cited

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

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

Doctrine citée

- Babcock, Barbara Allen. «Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545.
- Baldwin, John and Michael McConville. *Jury Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
- Bull, Henry H. «The Career Prosecutor of Canada» (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa, Commission de réforme du droit, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. *Le jury*. Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 7^e sess., 12^e Parl., 9 août 1917, p. 4455.
- Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens & Sons: 1966.
- East, Robert J. «Jury Packing: A Thing of the Past?» (1985), 48 *Mod. L.R.* 518.
- Halsbury's Laws of England*. Annual Abridgment 1988. London: Butterworths, 1989.
- Hébert, Jean-Claude. «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne». In *Droit pénal—orientations nouvelles*. Cowansville, Qué., Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Hilbery, Sir Malcolm. *Duty and Art in Advocacy*. London: Stevens & Sons, 1946.
- Jordan, Walter E. *Jury Selection*. Colorado Springs, Co.: Shepard's/McGraw-Hill, 1980.
- McEldowney, John F. «'Stand By For The Crown': an Historical Analysis», [1979] *Crim. L.R.* 272.
- Mewett, Alan W. «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers —Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.
- Practice Note, [1988] 3 All E.R. 1086.
- United Kingdom. Morris Report, Cmnd 2627 (1965).
- United Kingdom. Parlement. House of Commons. Fraud Trials Committee. *Fraud Trial Committee Report* (Roskill Committee). London, H.M.S.O., 1986.
- Vennard, Julie and David Riley. «The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome», [1988] *Crim. L.R.* 731.
- j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 47 C.C.C. (3d) 250, 31 O.A.C. 357, 68 C.R. (3d) 50, 45 C.R.R. 193, qui a

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

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

Jeff Casey and *Elizabeth Rennie*, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervenor.

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

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

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

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

Timothy E. Breen et *James C. Fleming*, pour l'appelant.^b

Jeff Casey et *Elizabeth Rennie*, pour l'intimée.

Graham R. Garton, pour l'intervenant.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Disposition

I would declare s. 563(2) of the *Criminal Code* (now s. 634(2)) invalid but suspend the declaration for a period of six months. The appeal should be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the acquittal of the appellant restored.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563], inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Sections 634(1) and (2) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 563(1) and (2)) are inconsistent with s. 11(d) in so far as they provide the Crown with a combination of peremptory challenges and stand bys that is more than four times in excess of the number of peremptory challenges permitted to an accused. It is unnecessary to consider whether this provision violates s. 7. The allegation of a violation of s. 15 was withdrawn. Sections 633 and 634(3) (formerly ss. 562 and 563(3)) were not challenged.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. The violation is not justified under s. 1.

The reasons of Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by

GONTIER J. (dissenting)—The appellant raises important questions about a central feature of our criminal law system, the jury, and in particular about the mode of selection of the jury contained in the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He submits that the disparity between the means of challenge allowed to the accused and the Crown in

Dispositif

Je suis d'avis de déclarer invalide le par. 563(2) (maintenant par. 634(2)) du *Code criminel*, mais de suspendre la déclaration pour une période de six mois. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement de l'appellant.

Il faudrait répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Les paragraphes (1) et (2) de l'art. 634 (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 563(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d dans la mesure où ils accordent au ministère public une combinaison de récusations péremptoires et de mises à l'écart qui dépasse par plus de quatre fois le nombre de récusations péremptoires qui sont permises à un accusé. Il n'est pas nécessaire d'examiner si cette disposition contrevient à l'art. 7. L'allégation de violation de l'art. 15 a été retirée. L'article 633 et le par. 634(3) (auparavant art. 562 et par. 563(3)) n'ont pas été contestés.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. La violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Version française des motifs des juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE GONTIER (dissident)—L'appelant soulève des questions importantes au sujet d'une institution, savoir le jury, qui joue un rôle fondamental dans notre système judiciaire pénal, et en particulier au sujet du mode de sélection des jurés qui est prévu au *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Il soutient que la disparité entre les types de récusa-

the jury selection process violates the constitutional guarantee of an impartial tribunal contained in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I have had the benefit of reading the reasons of Justice Stevenson and, while I respectfully find myself in disagreement with them, I adopt his statement of the facts and judgments of the lower courts.

For ease of reference, I reproduce the relevant legislation:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; ...

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;

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34

562. (1) An accused who is charged with high treason or first degree murder is entitled to challenge twenty jurors peremptorily.

(2) An accused who is charged with an offence, not being high treason or first degree murder, for which he may be sentenced to imprisonment for more than five years is entitled to challenge twelve jurors peremptorily.

(3) An accused who is charged with an offence that is not referred to in subsection (1) or (2) is entitled to challenge four jurors peremptorily.

563. (1) The prosecutor is entitled to challenge four jurors peremptorily, and may direct any number of jurors who are not challenged peremptorily by the

tion permis à l'accusé et au ministère public, dans le processus de sélection des jurés, porte atteinte à la garantie constitutionnelle relative à un tribunal impartial, qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Stevenson et, s'il ne me paraît pas possible d'y adhérer, je fais cependant mien son exposé des faits et des décisions des tribunaux d'instance inférieure.

Je reproduis les textes de loi pertinents pour en faciliter la consultation:

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; ...

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;

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34

562. (1) L'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a le droit de récuser péremptoirement vingt jurés.

(2) L'accusé inculpé d'une infraction autre que la haute trahison ou le meurtre au premier degré et punissable d'un emprisonnement d'au moins cinq ans a le droit de récuser péremptoirement douze jurés.

(3) Un accusé inculpé d'une infraction non mentionnée au paragraphe (1) ou (2) a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés.

563. (1) Le poursuivant a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés et peut ordonner à un nombre quelconque de jurés, non péremptoirement récusés par

accused to stand by until all the jurors have been called who are available for the purpose of trying the indictment.

(2) Notwithstanding subsection (1), the prosecutor may not direct more than forty-eight jurors to stand by unless the presiding judge for special cause to be shown, so orders.

(3) The accused may be called upon to declare whether he challenges a juror peremptorily or for cause before the prosecutor is called upon to declare whether he requires the juror to stand by, or challenges him peremptorily or for cause.

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

(a) the name of a juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to,

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

(c) a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months,

(d) a juror is an alien,

(e) a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror, or

(f) a juror does not speak the official language of Canada that is the language of the accused . . .

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

570. (1) Where, as a result of challenges and directions to stand by, a full jury has not been sworn and no names remain to be called, the names of those who have been directed to stand by shall be called again in the order in which their names were drawn and they shall be sworn, unless challenged by the accused, or unless the prosecutor challenges them or shows cause why they should not be sworn.

(2) Where, before a juror is sworn pursuant to subsection (1), other jurors in the panel become available, the prosecutor may require the names of those jurors to be put into and drawn from the box in accordance with section 560, and those jurors shall be challenged, ordered to stand by or sworn, as the case may be, before the names

l'accusé, de se tenir à l'écart jusqu'à ce que tous les jurés disponibles pour l'instruction de l'acte d'accusation aient été appelés.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), le poursuivant ne peut ordonner la mise à l'écart de plus de quarante-huit jurés, à moins que, pour un motif spécial à démontrer, le juge qui préside ne l'ordonne.

(3) L'accusé peut être appelé à déclarer s'il récuse un juré péremptoirement ou pour cause, avant que le poursuivant soit appelé à déclarer s'il exige que le juré se tienne à l'écart, ou s'il le récuse péremptoirement ou pour cause.

567. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour le motif

a) que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, mais aucune erreur de nom ou de désignation ne peut être un motif de récusation lorsque la cour est d'avis que la description portée sur la liste désigne suffisamment la personne en question,

b) qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé,

c) qu'un juré a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois,

d) qu'un juré est un étranger,

e) qu'un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré, ou

f) qu'un juré ne parle pas la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé . . .

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

570. (1) Lorsque, à la suite des récusations et des ordres de se tenir à l'écart, un jury complet n'a pas été assermenté et qu'il ne reste plus de noms à appeler, les noms de ceux à qui il a été ordonné de se tenir à l'écart sont de nouveau appelés suivant l'ordre dans lequel ils ont été tirés; et ces jurés sont assermentés, à moins d'être récusés par le prévenu ou à moins que le poursuivant ne les récuse ou ne démontre pourquoi ils ne devraient pas être assermentés.

(2) Si, avant qu'un juré soit assermenté selon le paragraphe (1), d'autres jurés figurant sur la liste deviennent disponibles, le poursuivant peut demander que les noms de ces jurés soient déposés dans la boîte et en soient tirés selon que le prévoit l'article 560, et ces jurés sont récusés, mis à l'écart ou assermentés, selon le cas, avant

of the jurors who were originally ordered to stand by are called again.

The constitutional questions as they were framed by former Chief Justice Dickson on June 7, 1989, put in issue the constitutionality of ss. 562 and 563 of the *Criminal Code* (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 633 and 634) with respect to ss. 7, 11(d) and 15 of the *Charter*. The appellant concentrated his argument on s. 563(1) and (2) of the *Code*, and did not address the validity of ss. 562 and 563(3). He did not make any submissions as to s. 15 of the *Charter* either. The sole issue before us remains therefore the consistency of s. 563(1) and (2) of the *Criminal Code* with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In their factums and in argument, the parties did not make any specific arguments under s. 7 of the *Charter*, relying instead on the arguments they had made under s. 11(d).

I agree with the parties that, as regards independence and impartiality of the tribunal in criminal cases, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* are congruent. Section 11(d) of the *Charter* merely enunciates a particular aspect of the general protection against deprivations of the right to life, liberty and security of the person found in s. 7 of the *Charter*, as had already suggested Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Arguments made under s. 11(d) of the *Charter* apply with equal force to s. 7. As this case was argued under s. 11(d) of the *Charter*, I will concentrate on this section in my reasons, for the sake of convenience.

I—The Constitutionality of s. 563 of the Criminal Code With Respect to s. 11(d) of the Charter

The History of the Jury Selection Process of the Criminal Code

Stevenson J. has thoroughly explained in his reasons the present system of jury selection and its historical origins. I will only make two brief additional remarks. First of all, the stand by as it evolved in English law was indeed a deferred chal-

que les noms des jurés mis à l'écart en premier lieu soient appelés de nouveau.

Les questions constitutionnelles qu'a formulées l'ex-juge en chef Dickson, le 7 juin 1989, mettent en cause la constitutionnalité des art. 562 et 563 du *Code criminel* (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 633 et 634) par rapport aux art. 7 et 15 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'appelant a concentré son argumentation sur les par. 563(1) et (2) du *Code* et n'a pas abordé la validité de l'art. 562 ni du par. 563(3). Il n'a pas non plus présenté d'argument relativement à l'art. 15 de la *Charte*. Il ne nous reste donc qu'à statuer sur la compatibilité des par. 563(1) et (2) du *Code criminel* avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Dans leurs mémoires et dans leur argumentation, les parties n'ont pas fait valoir d'arguments particuliers à l'égard de l'art. 7; ils se sont appuyés plutôt sur les arguments qu'ils avaient avancés relativement à l'al. 11d).

Je conviens avec les parties qu'en ce qui a trait à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal en matière pénale, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* convergent. L'alinéa 11d) énonce simplement un aspect particulier de la protection générale contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7, comme l'a déjà dit le juge Lamer (maintenant juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Les arguments avancés relativement à l'al. 11d) sont aussi valables en ce qui concerne l'art. 7. Puisque c'est sur l'al. 11d) que les débats ont porté dans la présente espèce, je vais me concentrer sur cet alinéa dans mes motifs par souci de commodité.

I—La constitutionnalité de l'art. 563 du *Code criminel* au regard de l'al. 11d) de la *Charte*

*L'historique du processus de sélection des jurés énoncé dans le *Code criminel**

Le juge Stevenson explique dans le détail le système actuel de sélection des jurés ainsi que ses origines historiques. Je n'ajouterais que deux brèves remarques. Tout d'abord, les mises à l'écart du droit anglais représentaient en réalité des récusas

lence for cause. The 1305 statute (*An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, c. 4) that abolished peremptory challenges for the Crown enacted that the Crown shall only challenge for cause. Stand bys were created through what established itself as the current interpretation of the statute: the Crown can only challenge for cause, but it need not show cause before the entire jury panel has been exhausted and a complete jury has not been sworn. The Canadian stand by operates slightly otherwise, since the Crown still can exercise peremptory challenges under the *Criminal Code*. The *Code*, in s. 570(1), acknowledges this by permitting peremptory challenges (even by the accused) to be exercised against a stand by juror. The Canadian stand by could therefore be better qualified as a deferred consideration of the prospective juror.

Furthermore, I wish to stress that Parliament, in enacting *An Act to amend the Criminal Code (respecting jurors)*, S.C. 1917, c. 13, did not eliminate stand bys. A maximum of 48 was imposed on the number of stand bys that could be directed by the Crown without leave of the Court, but Parliament did not see fit to abolish stand bys altogether. Some significance must be attached to this, since one of the main reasons why a maximum number was enacted was the fear of abuses by the Crown, even though no record of such abuse was put forward during the House debates. To prevent possible abuses, Parliament limited the number of Crown stand bys and introduced control by the Court of any additional requests, but it certainly saw a beneficial use to them that surpassed the perceived risk for abuse, since they were kept in the *Criminal Code*.

The Relationship Between Peremptory Challenges and Stand Bys

As a preliminary matter, I have one comment on the central assumption underpinning the appellant's argument: that Crown stand bys are often in effect equivalent to peremptory challenges, since the jury panels are in most jurisdictions so large that they are never exhausted and the need to recall stand by jurors is almost never felt. Yet the various

tions motivées différées. La loi de 1305 (*An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, ch. 4) qui a aboli les récusations péremptoires par le poursuivant ne lui permettait dès lors que les récusations motivées. Les mises à l'écart ont été créées par suite de ce qui est devenu l'interprétation actuelle de la loi: le ministère public peut seulement récuser un juré pour un motif déterminé, mais il n'a pas à exposer ce motif avant que le tableau des jurés en entier ait été épuisé et que le jury ait été constitué. En droit canadien, il en va un peu autrement: le *Code criminel* accorde encore des récusations péremptoires au poursuivant. Au paragraphe 570(1), le *Code* autorise des récusations péremptoires (même par l'accusé) à l'endroit de jurés mis à l'écart. On peut donc affirmer que, dans le système canadien, la mise à l'écart consiste en fait en un examen différé de candidats jurés.

En outre, je tiens à souligner qu'en adoptant, en 1917, la *Loi modifiant le Code Criminel (concernant les jurés)*, S.C. 1917, ch. 13, le législateur n'a pas éliminé les mises à l'écart. Il a limité à un maximum de 48 le nombre des mises à l'écart que pouvait ordonner le ministère public sans permission de la Cour, mais il n'a pas jugé bon de les abolir purement et simplement. Cela revêt une certaine importance, car l'une des raisons principales pour lesquelles ce maximum a été établi résidait dans la crainte d'abus par le ministère public encore qu'aucun n'ait été démontré au cours des débats à la Chambre. Pour les prévenir, le législateur a limité le nombre de mises à l'écart par le ministère public et instauré le contrôle par le tribunal des demandes supplémentaires, mais il a certainement estimé que les avantages l'emportaient sur le risque d'abus qu'il avait perçu, car les mises à l'écart figurent toujours au *Code criminel*.

Le rapport entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart

Je ferai une remarque préliminaire au sujet de la présomption sur laquelle repose toute l'argumentation de l'appelant: c'est-à-dire que les mises à l'écart du ministère public constituent souvent en réalité des récusations péremptoires, parce que, dans la plupart des circonscriptions, le tableau des jurés comporte un tel nombre de candidats qu'il

provincial acts either make the size of jury panels discretionary (see for instance *Juries Act*, R.S.O. 1980, c. 226, s. 12; *Jury Act*, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 7; *Jury Act*, R.S.B.C. 1979, c. 210, s. 9; *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 11; *The Jury Act*, R.S.M. 1987, c. J30, s. 17; *Jury Act*, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 13 and *The Jury Act*, 1981, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 6) or leave some discretion to vary the prescribed number (see for instance *Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 15; *The Jury Act*, S.N. 1980, c. 41, s. 17, or *Juries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 6). The Court cannot assess the size of such panels from the statutes themselves, and it certainly may not be assumed to have judicial notice of the size of panels throughout the judicial districts in Canada. The assertions of the appellant should be supported by at least some evidence. In the case at bar, none of the parties has sought to adduce evidence as to the size of jury panels in Canada and the frequency of challenges and stand bys. When the parties present arguments based on the *Charter*, particularly on issues such as impartiality and independence, a proper factual basis, supported by evidence, is essential. As this Court wrote in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361:

n'est jamais épuisé et que l'on n'a presque jamais besoin de rappeler les candidats mis à l'écart. Pourtant, les lois provinciales soit laissent à l'appréciation des responsables le nombre des candidats jurés assignés (voir par exemple la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1980, ch. 226, art. 12; la *Jury Act*, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 7; la *Jury Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 210, art. 9; la *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 11; la *Loi sur les jurés*, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 17; la *Loi sur les jurés*, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 13 et *The Jury Act*, 1981, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 6), soit attribuent un certain pouvoir discrétionnaire quant à la modification du nombre fixé (voir par exemple la *Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, art. 15; *The Jury Act*, S.N. 1980, ch. 41, art. 17 ou la *Juries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 6). La Cour ne peut pas inférer le nombre de candidats jurés d'après le texte de la loi et l'on ne saurait certainement pas présumer qu'elle connaît d'office le nombre de candidats jurés dans tous les districts judiciaires du pays. Les assertions de l'appelant doivent être étayées au moins par quelque preuve. En l'espèce, ni l'une ni l'autre des parties n'ont cherché à présenter de preuve quant au nombre des candidats jurés au Canada et quant à la fréquence des récusations et des mises à l'écart. Quand les parties avancent des arguments fondés sur la *Charte*, en particulier à propos de questions telles l'impartialité et l'indépendance, il est essentiel d'établir, par des éléments de preuve, les faits sur lesquels reposent ces arguments. Comme l'écrit notre Cour dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361:

Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not . . . a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues.

This Court insisted on the need for facts again in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086. It is to the advantage of the parties to give this Court the means to reach a decision on the issues. Fortunately, these reasons do not depend on whether Crown peremptory challenges and stand bys are distinguishable or not in prac-

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas [...] une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*.

Dans l'arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, notre Cour a insisté de nouveau sur la nécessité d'établir les faits. Il y va de l'intérêt des parties de donner à notre Cour les moyens de statuer sur les points litigieux. Heureusement, il n'est pas essentiel, dans les présents motifs, de décider s'il y a, en pratique, une diffé-

tice, and hence it will be assumed for the sake of argument that they are not.

The Test for Impartiality Under the Charter

In an inquiry under the *Charter*, the appropriate test for impartiality was set out by this Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, where the Court adopted the test first enunciated by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, and reaffirmed in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. This test states that "the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information" (by de Grandpré J., at p. 394). De Grandpré J. added in the next paragraph, at p. 395, that "[t]he grounds for this apprehension must, however, be substantial . . .".

Lippé, supra, also confirmed at p. 140 that "[j]ust as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect . . . so too must the requirement of judicial impartiality". The applicable test for institutional impartiality was outlined by the Chief Justice in the following terms, at p. 144:

Step One: Having regard for a number of factors including, but not limited to, the nature of the occupation and the parties who appear before this type of judge, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases?

Step Two: If the answer to that question is no, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis. [Emphasis in the original.]

The appellant claims that s. 563 of the *Code* violates the *Charter* guarantees of institutional impartiality. In effect, he asserts that a well-informed observer would find that Crown peremptory challenges and stand bys give rise to a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases.

rence entre les récusions péremptoires et les mises à l'écart ordonnées par le ministère public et par conséquent, nous tenons pour acquis qu'il n'y en a pas pour les besoins de la cause.

Le critère de l'impartialité sous le régime de la Charte

En matière de conformité avec la *Charte*, notre Cour a énoncé le critère pertinent à l'impartialité dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Elle a retenu le critère défini d'abord par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, puis repris dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. Selon ce critère, «la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet» (le juge de Grandpré, à la p. 394). Au paragraphe suivant, à la p. 395, ce dernier ajoute que «[t]outefois, les motifs de crainte doivent être sérieux . . .».

L'arrêt *Lippé*, précité, a confirmé de plus, à la p. 140, que «[t]out comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel [. . .], il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire». Le critère applicable à l'égard de l'impartialité institutionnelle a été exposé par le Juge en chef dans les termes suivants, à la p. 144:

Première étape: Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris mais sans s'y restreindre, la nature de l'occupation en cause et les parties qui comparaissent devant ce genre de juge, une personne parfaitement informée éprouvera-t-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas?

Deuxième étape: Si la réponse à cette question est négative, on ne saurait alléguer qu'il y a crainte de partialité sur le plan institutionnel et la question doit se régler au cas par cas. [Souligné dans l'original.]

L'appelant soutient que l'art. 563 du *Code* porte atteinte aux garanties d'impartialité institutionnelle qu'offre la *Charte*. En effet, il affirme qu'un observateur bien renseigné estimerait que les récusions péremptoires et les mises à l'écart du poursuivant suscitent une crainte raisonnable de partialité dans

cases. This standard requires more than just a perception of risk: there must be, in the normal operation of s. 563 of the *Code*, as it is applied in fact, a serious fear that partial juries will result too often to be explained solely by factors pertaining to each individual situation.

My aim in placing such emphasis on the meaning of institutional partiality is not to render it nugatory by imposing an insuperable burden on the applicant for *Charter* review. Indeed in *Lippé, supra*, the mere fact that municipal court judges were also practising lawyers would have been a sufficient basis for finding a violation of the guarantees of institutional impartiality but for safeguards provided by the legislation. An allegation of institutional partiality remains however a serious one: in its generality, it implies that the legal framework surrounding the institution in question is itself flawed, irrespective of the particular circumstances of the various cases.

In the case at bar, it is not sufficient, for a determination under s. 11(d) of the *Charter*, simply to take notice of the disparity between the Crown and the accused in the jury selection process and then to conclude that a reasonable apprehension of bias arises. The right minded observer described in the above paragraph must put his or her mind to the question and acquire some information to enlighten his or her opinion. This observer knows better than the person on the street. He or she reads more than just the headlines. In making up his or her mind about the jury selection process, he or she must be expected to have sought knowledge and to have thought about the formation of jury panels, about the roles the parties play in the jury selection process and about the relationship between the formation of the jury and the trial as a whole.

The Formation of Jury Panels

Jury trials are a central element of Anglo-American criminal law. Sometimes lauded, sometimes vilified, trial by jury has withstood the test of time

un grand nombre de cas. Cette norme exige plus que la perception d'un risque: il faut qu'il y ait, dans l'application normale de l'art. 563 du *Code*, tel qu'il est appliqué dans les faits, une crainte sérieuse que des jurys partiaux soient trop souvent constitués, à tel point que le résultat appréhendé ne puisse être expliqué par des facteurs liés à chaque cas d'espèce.

En mettant ainsi l'accent sur la signification de la partialité institutionnelle, je ne vise pas à rendre l'argument sans valeur en faisant peser sur celui qui demande l'examen en vertu de la *Charte* un fardeau dont il lui sera impossible de s'acquitter. En fait, dans *Lippé*, précité, le simple fait que les juges municipaux étaient aussi des avocats en exercice aurait suffi pour que la Cour conclût à la violation des garanties d'impartialité institutionnelle, n'eût été les sauvegardes prévues par la loi. Une allégation de partialité institutionnelle demeure néanmoins grave: vu sa généralité, elle implique que le substrat juridique de l'institution en question est lui-même entaché, peu importe les faits particuliers des diverses affaires.

Dans la présente espèce, il ne suffit pas, pour statuer sur l'application de l'al. 11d) de la *Charte*, de simplement prendre judiciairement connaissance de la situation différente entre le poursuivant et l'accusé dans le processus de sélection des jurés, puis de conclure à une crainte raisonnable de partialité. L'observateur sensé dont nous avons parlé précédemment doit s'arrêter à la question et prendre les renseignements nécessaires pour éclairer son jugement. Il en sait plus long que le citoyen ordinaire. Il ne se contente pas de lire les manchettes. En formant son opinion sur le processus de sélection des jurés, il doit avoir étudié la question plus à fond et s'être penché sur la formation du tableau des candidats jurés, sur le rôle des parties dans la sélection des jurés et sur le rapport entre la constitution du jury et l'ensemble du procès.

La formation du tableau des candidats jurés

Les procès devant jury sont un élément fondamental du droit pénal anglo-américain. Parfois loué, parfois décrié, le procès devant jury a résisté

and has acquired such an importance that it has been entrenched in our Constitution through s. 11(f) of the *Charter*. Juries give a human side to criminal trials. The many purposes served by jury trials have been canvassed by the Law Reform Commission of Canada in its 1980 Working Paper, *The Jury in Criminal Trials*, and they have been touched upon by this Court in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509.

au passage du temps et en est venu à prendre une telle importance qu'il a été inscrit dans notre Constitution, à l'al. 11f) de la *Charte*. Les jurys humanisent les procès criminels. La Commission de réforme du droit du Canada a examiné à fond, en 1980, les nombreuses fins auxquelles servent les procès devant jury dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal*, et notre Cour les a abordées dans l'arrêt *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

In *Sherratt, supra*, this Court has also elaborated on some of the fundamental characteristics a jury must possess to exercise its duty properly, that is impartiality and representativeness. On the relationship between them, Justice L'Heureux-Dubé wrote at pp. 525-26 of her reasons for judgment:

Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries. . . . Thus, little if any objection can be made regarding this crucial characteristic of juries.

However, the "in-court" selection procedure, set out in the *Criminal Code*, can impact on the representativeness of the jury in some situations. The impartiality of the jury is controlled in the main through the *Criminal Code* procedure.

It could be said that random selection, which favours representativeness, provides as well a certain guarantee that the jury will also be impartial, but this is by no means true in all cases. Randomness is not a panacea. Indeed, in order to bolster the impartiality of the jury, the *Criminal Code* offers to the parties various means of challenging prospective jurors, whether collectively or individually, at ss. 558 (now s. 629), 562 (now s. 633), 563 (now s. 634) and 567 (now s. 638) of the *Code*. In *Sherratt, supra*, the majority of this Court has recognized that these challenges contribute to the impartiality of the jury and sometimes even improve its representativeness.

Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a également donné des détails sur certaines des caractéristiques fondamentales que doit présenter le jury pour bien remplir sa fonction, savoir l'impartialité et la représentativité. Au sujet de la relation entre les deux, le juge L'Heureux-Dubé écrit, aux pp. 525 et 526 de ses motifs:

La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s'effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien. [. . .] Il y a donc peu, s'il en est, d'objections à formuler au sujet de cette caractéristique cruciale du jury.

La procédure de sélection de jurés «à l'audience», énoncée au *Code criminel*, peut, néanmoins, influer sur la représentativité du jury dans certaines situations. L'impartialité du jury est assurée principalement au moyen de la procédure exposée dans le *Code criminel*.

On peut soutenir que la sélection au hasard, qui favorise la représentativité, offre en outre une certaine garantie d'impartialité du jury, mais c'est loin de se vérifier dans tous les cas. Le choix au hasard n'est pas une panacée. En fait, pour accroître l'impartialité du jury, le *Code criminel* offre aux parties divers moyens pour récuser les candidats jurés, collectivement ou individuellement, aux art. 558 (maintenant art. 629), 562 (maintenant art. 633), 563 (maintenant art. 634) et 567 (maintenant art. 638). Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a reconnu à la majorité que ces récusations contribuent à l'impartialité du jury et parfois améliorent même sa représentativité.

A further quality of a proper jury that has not been discussed in *Sherratt, supra*, is competence. Jurors should not only be representative and impartial, they should also be able to understand the trial, their role in the trial, the evidence that is presented, the principles they have to apply, among other things. This requirement of competence is not mentioned in relevant legislation, aside from general requirements of mental health and linguistic capability, but it is implicit. Most trials require the same competence as is involved in the daily pursuit of one's affairs, and the ability to speak and understand one of the official languages will suffice. Some trials are more complex and complicated, however, especially in the area of economic crimes, to name only one, and then a tampering with randomness may be appropriate to achieve a minimal ability to understand the evidence and issues.

Une autre qualité que devrait avoir un jury n'a pas été examinée dans l'arrêt *Sherratt*: la compétence. Les jurés doivent non seulement être représentatifs et impartiaux, mais encore être en mesure de comprendre, entre autres, le procès, leur rôle dans celui-ci, la preuve produite et les principes qu'ils doivent appliquer. Cette exigence de la compétence n'est pas mentionnée dans les dispositions pertinentes, mis à part les exigences générales relatives à la santé mentale et à la compétence linguistique, mais elle est implicite. La plupart des procès exigent la même compétence que celle dont doit faire preuve le citoyen en vaquant quotidiennement à ses affaires, et la capacité de parler et de comprendre une des langues officielles suffira. Certains procès sont cependant plus complexes et plus compliqués, surtout en matière de crimes économiques, par exemple, et il peut alors s'avérer nécessaire d'intervenir dans la sélection au hasard pour assurer une aptitude minimale de compréhension de la preuve et des questions en litige.

The well-informed observer certainly knows that a jury should be impartial, representative and competent. He or she will also know that the random selection process that leads to the formation of a panel of prospective jurors naturally fosters these three qualities, but that it does not in and of itself guarantee them. Procedures exist through which parties are granted a limited possibility of affecting jury selection to further any of these characteristics. Of these procedures, challenges to the jury panel and challenges for cause are not at issue here.

L'observateur bien renseigné sait certainement qu'un jury doit être impartial, représentatif et compétent. Il sait aussi que le processus de la sélection au hasard qui mène à la formation d'un tableau de candidats jurés favorise naturellement ces trois qualités, mais qu'en soi il ne les garantit pas. Il existe des procédures qui offrent aux parties une possibilité restreinte de modifier la sélection des jurés pour favoriser l'une ou l'autre de ces caractéristiques. Parmi ces procédures, la récusation du tableau des candidats jurés et les récusations motivées ne sont pas en cause en l'espèce.

The appellant raises doubts about peremptory challenges and Crown stand bys only. The observer would accordingly inquire as to whether any apparent justification for the disparity between the accused and the Crown can be found in the rationales behind these recourses, and whether there is any link, or appearance of link, between the selection process and the impartiality of the jury.

L'appelant émet des doutes seulement au sujet des récusations péremptoires et des mises à l'écart accordées au ministère public. L'observateur se demanderait donc si la justification apparente de la disparité entre la situation de l'accusé et celle du ministère public peut résider dans la raison d'être de ces procédures, et s'il y a un lien, réel ou apparent, entre le processus de sélection et l'impartialité du jury.

The Rationales for Peremptory Challenges and Stand Bys

The well-informed observer will know about the role of the accused and the Crown in the jury selection process, and he or she can draw inferences about the rationales for their respective recourses therefrom.

The Role of the Accused

The accused has a fairly clear and circumscribed role in the trial and in the jury selection process. Nothing more is expected of him or her than trying to avoid conviction and punishment by asserting his or her rights according to law.

The accused has no right to a jury of his or her choice, however, as was recognized by the majority of this Court in *Sherratt, supra*. As long as the jury selection process produces an impartial jury, the accused has no claim to any greater influence on the jury than is given him or her by this process. He or she cannot positively choose the jury, but the law allows him or her to exclude prospective jurors from it.

The *Criminal Code* gives the accused a variable number of peremptory challenges, depending on the seriousness of the offence. These peremptory challenges allow the accused to exclude prospective jurors from the jury. The main rationale for these had already been outlined by Blackstone, in his *Commentaries on the Laws of England*, Lewis ed., vol. 4, at p. 353 and p. 1738 (of Lewis' Edition):

[The peremptory challenge] is grounded on two reasons. 1. As every one must be sensible what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to conceive upon the bare looks and gestures of another, and how necessary it is that a prisoner (when put to defend his life) should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him, the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike. 2. Because, upon challenges for cause shown, if the reasons assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare

La raison d'être des récusations péremptoires et des mises à l'écart

L'observateur bien renseigné connaîtra le rôle de l'accusé et du poursuivant dans le processus de sélection des jurés, et il peut y voir les raisons justifiant les moyens mis à la disposition de chacune des parties dans cette procédure.

Le rôle de l'accusé

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

L'accusé n'a cependant pas droit à un jury de son choix, comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Sherratt*, précité. Dans la mesure où le processus de sélection des jurés permet de former un jury impartial, l'accusé ne saurait exercer plus d'influence sur le jury que ne lui accorde ce processus. Il ne peut choisir les membres du jury, mais la loi lui permet d'en écarter des candidats.

Le *Code criminel* donne à l'accusé, selon la gravité de l'infraction, un nombre variable de récusations péremptoires, au moyen desquelles il peut écarter des candidats jurés. Déjà, dans ses *Commentaries on the Laws of England*, éd. Lewis, vol. 4, Blackstone avait exposé la raison d'être principale de ces récusations:

[La récusation péremptoire] est fondée sur deux raisons. 1°. On sait quelles impressions subites, quelles préventions inexplicables peuvent exciter en nous les regards seuls, l'air, les gestes d'une personne; et l'on conçoit combien il importe qu'un prisonnier, quand il a son existence à défendre, n'ait pas de ses jurés une opinion défavorable, qui pourrait le déconcerter totalement: en conséquence la loi s'oppose à ce qu'il soit examiné par un homme qui lui a inspiré de l'aversion, quoiqu'il ne puisse indiquer la cause de sa prévention. 2°. Dans le cas de récusation *pour cause*, si le motif allégué ne paraît pas suffisant pour exclure le juré, il se peut que le

questioning his indifference may sometimes provoke a resentment, to prevent all ill consequences from which the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside.

simple fait d'avoir mis en question son impartialité, provoque son ressentiment: et, pour en prévenir les fâcheuses conséquences, il est encore libre au prisonnier de l'écartier, s'il le veut, par la récusation *péremptoire*.

^a (Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 6, aux pp. 257 et 258.)

These are still today the main reasons offered to justify peremptory challenges by the accused. Babcock, in "Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, names them respectively the "didactic" and "shield" functions of the peremptory challenge at pp. 552-55. Professor Babcock develops the didactic function of the challenge further than Blackstone: not only does it allow the accused to summarily dismiss prospective jurors without specific motives, but it also "teaches the litigant, and through him the community, that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant. . ." (at p. 552). The "shield" function remains accessory. The Law Reform Commission of Canada, in its 1982 report, *The Jury*, also explained peremptory challenges for the accused along the same lines at p. 46.

^b Ce sont encore de nos jours les raisons principales invoquées pour justifier les récusations péremptoires par l'accusé. Dans son article «Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, aux pp. 552 à 555, Babcock attribue à ces fonctions de la récusation péremptoire les qualificatifs suivants: «éducatives» et «protectrices». Le professeur Babcock ajoute aux propos de Blackstone, sur la fonction éducative, les précisions suivantes: non seulement elle permet à l'accusé de refuser d'accepter des candidats jurés sans donner de motifs précis, mais encore elle [TRADUCTION] «apprend au plaideur, et par son entremise à la collectivité, que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu'il y a lieu de suivre sa décision parce qu'en réalité, le jury appartient au plaideur . . .» (à la p. 552). La fonction «protectrice» reste accessoire. Dans son rapport intitulé *Le jury*, paru en 1982, la Commission de réforme du droit du Canada a expliqué les récusations péremptoires de l'accusé de la même manière, aux pp. 46 et 47.

The Role of the Crown

The role of the Crown in the jury selection process, as in the trial as a whole, is not only different, but also asymmetrical.

In General

In the criminal process, the Crown Attorney is not expected to seek conviction above everything else, just like the accused attempts to avoid conviction. He or she has special duties in his or her quality as a public officer. Additional duties are superadded to his or her duties as representative of the prosecution side, duties that will often lead to conflicts with the course of action that another lawyer, acting for an individual party, would take, and that

Le rôle du ministère public

^g Le rôle du ministère public dans le processus de sélection des jurés, comme dans l'ensemble du procès, est non seulement différent, mais aussi asymétrique.

En général

Dans le processus pénal, on ne s'attend pas à ce que le substitut du procureur général cherche à obtenir la déclaration de culpabilité avant tout, comme l'accusé tente, lui, d'éviter la condamnation. Il remplit une charge particulière en sa qualité d'auxiliaire de la justice. D'autres obligations s'ajoutent à ses fonctions de représentant de l'accusation, obligations qui entreront souvent en conflit avec le parti que choisirait un autre avocat,

will therefore impose limits on prosecutorial conduct.

As Bull put it, in his address "The Career Prosecutor of Canada" (1962), 53 J. Crim. L.C. & P.S. 89, at p. 95:

He, then, is the attorney for the people or the State against the accused in a proceeding in which the State dissociates itself from the act of its own member, denunciating his conduct and exhibiting an antagonism in its will against the will of the wrong-doer.

The Crown Attorney however is something more. The Crown embraces the whole of the state including the wrong-doer himself. On the one hand the monarch . . . guarantees that the subject shall enjoy peace—the Queen's Peace. On the other hand the monarch has repeatedly guaranteed to every subject . . . the right of fair trial and due process of law.

The inherent richness and complexity of the prosecutor's role was also brought to the fore in *R. v. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276, where the Ontario Court of Appeal held at p. 289:

By reason of the nature of our adversary [sic] system of trial, a Crown prosecutor is an advocate; he is entitled to discharge his duties with industry, skill and vigour. Indeed, the public is entitled to expect excellence in a Crown prosecutor just as an accused person expects excellence in his counsel. But a Crown prosecutor is more than an advocate, he is a public officer engaged in the administration of justice . . .

With respect to the nature of the duties of Crown prosecutors, the Ontario Court of Appeal in the above case referred to *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, the seminal pronouncement of this Court on the subject. There Rand J. wrote this oft-quoted passage at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and

représentant un particulier, et qui limitent par le fait même son action comme poursuivant.

Comme le dit Bull, dans son exposé «The Career Prosecutor of Canada» (1962), 53 J. Crim. L.C. & P.S. 89, à la p. 95:

[TRADUCTION] Il est donc le procureur du peuple ou de l'État contre l'accusé dans une procédure dans laquelle l'État se dissocie de l'acte d'un de ses citoyens, dénonçant sa conduite et opposant sa volonté à celle du malfaiteur.

Le substitut du procureur général est toutefois quelque chose de plus. L'État embrasse le peuple entier, y compris le malfaiteur lui-même. D'une part, le monarque [...] garantit la paix à son sujet—la paix de la Reine. D'autre part, le monarque a de façon répétée garanti à chaque sujet [...] le droit à un procès équitable et à l'application régulière de la loi.

La richesse et la complexité inhérentes du rôle du poursuivant ont également été mises en lumière dans l'arrêt *R. c. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276. La Cour d'appel de l'Ontario y a décidé ce qui suit, à la p. 289:

[TRADUCTION] En raison de la nature de notre système judiciaire contradictoire, le substitut du procureur général est un avocat; il a le droit d'accomplir ses obligations avec application, habileté et énergie. En effet, le public a le droit de compter que le substitut du procureur général fasse un travail excellent tout comme l'accusé exige l'excellence de la part de son avocat. Mais le substitut du procureur général est plus qu'un avocat, il est un auxiliaire de la justice . . .

Au sujet de la nature des fonctions des substituts du procureur général, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt précité s'est reportée à l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, décision charnière de notre Cour sur la question. Le juge Rand est l'auteur de ce paragraphe souvent reproduit et qui se trouve aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de

pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

(See also *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.)

Taschereau J. (as he then was) also dealt with the general issue of prosecutorial responsibilities in these terms at p. 21:

[TRANSLATION] The position of Crown counsel is not that of counsel in a civil matter. His functions are quasi-judicial. He must not so much try to obtain a conviction as assist the judge and jury so that justice will be fully done. Moderation and impartiality must always characterize his conduct in court. He will have honestly carried out his duty and will be beyond reproach if, putting aside any appeal to the passions, in a dignified manner appropriate to his role, he presents the evidence to the jury without going beyond what it has revealed.

These words remain every bit as pertinent today as they were then and as they had been before. Since Crown prosecutors play a central role in the proper functioning of our judicial system, and since they are vested with much discretion and subject to few controls, their duties can never be too often reaffirmed. The single-minded pursuit of convictions cannot be compatible with the responsibilities of Crown prosecutors. They must present the case for the prosecution to the best of their ability, always acting in furtherance of the duties entrusted to their office. The examination of the role of Crown Attorneys in criminal trials cannot be better concluded than with this passage from Hilbery, *Duty and Art in Advocacy*, at p. 13:

[A prosecutor's duty is] to see to it that every material point is made which supports the prosecution case or

preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

(Voir aussi *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.)

c Le juge Taschereau (plus tard Juge en chef) étudie lui aussi la question générale des responsabilités du poursuivant; voici un extrait de ses motifs, à la p. 21:

d La situation qu'occupe l'avocat de la Couronne n'est pas celle de l'avocat en matière civile. Ses fonctions sont quasi-judiciaires. Il ne doit pas tant chercher à obtenir un verdict de culpabilité qu'à assister le juge et le jury pour que la justice la plus complète soit rendue. La modération et l'impartialité doivent toujours être les caractéristiques de sa conduite devant le tribunal. Il aura en effet honnêtement rempli son devoir et sera à l'épreuve de tout reproche si, mettant de côté tout appel aux passions, d'une façon digne qui convient à son rôle, il expose la preuve au jury sans aller au delà de ce qu'elle a révélé.

e Ces propos sont tout aussi pertinents aujourd'hui qu'ils l'étaient à cette époque et qu'ils l'avaient été auparavant. Comme les substituts du procureur général jouent un rôle vital dans le bon fonctionnement de notre système judiciaire et comme ils sont investis d'un vaste pouvoir discrétionnaire et assujettis à peu de contrôles, on ne saurait trop souvent réaffirmer leurs responsabilités. La recherche obstinée de déclarations de culpabilité ne peut pas être compatible avec leurs responsabilités. Ils doivent présenter la preuve de l'accusation au mieux de leur compétence, en s'efforçant toujours d'accomplir les devoirs de leur charge. On ne peut mieux conclure cet examen du rôle des substituts du procureur général dans les procès criminels que par cet extrait de l'ouvrage de sir Malcolm Hilbery, *Duty and Art in Advocacy*, à la p. 13:

j [TRADUCTION] [La fonction du poursuivant] est de voir à ce que soit avancé chaque argument propre à étayer la

destroys the case put forward for the defence. But as prosecuting Counsel he should not regard his task as one of winning the case. He is an officer of justice. He must present the case against the prisoner relentlessly, but with scrupulous fairness. He is not to make merely forensic points or debating scores. There is, perhaps, no occasion when the Barrister is called upon to exhibit a nicer sense of his responsibilities than when prosecuting.

During the Jury Selection Process

In keeping with this quasi-judicial role, the Crown prosecutor in the jury selection process has a duty to ensure that the jury presents the three characteristics outlined above, that is impartiality, representativeness and competence. Let it be made clear, however, that these qualities, especially impartiality, must not be sought in light of securing a conviction, but rather in light of selecting the best jury to try the case. Indeed the Crown Attorney should use the means at his or her disposal to exclude prospective jurors that could be biased in favour of the prosecution, even if the defence is not aware of this fact. The "didactic" function that was attached to the peremptory challenge for the accused is absent in the case of the Crown: it does not have to develop any sense of adherence to or acceptance of the trial process through the selection of the jury, and accordingly neither does it have any interest in excluding candidates on the basis of unsupported perceptions. The Crown Attorney's only justification for taking part in the jury selection process stems from his or her responsibilities as a public officer.

The Crown nevertheless has an important function to fulfil during jury selection. This function can better be understood by comparison with other jurisdictions.

In the United States, the trial judge generally retains a wide discretion to excuse prospective jurors at the outset of the trial on grounds deemed by him or her sufficient (*Texas & Pacific Railway Co. v. Hill*, 237 U.S. 208 (1915); in federal procedure, this principle is embodied in 28 U.S.C.

preuve de l'accusation ou à réfuter la preuve de la défense. Mais le poursuivant ne doit pas penser que son devoir est d'avoir gain de cause. Il est un auxiliaire de la justice. Il doit présenter la preuve contre le prisonnier implacablement, mais avec un respect scrupuleux de l'équité. Il ne doit pas chercher simplement à être éloquent ou à marquer des points. Il n'existe peut-être pas d'occasion où l'avocat est appelé à démontrer un sens plus aigu de ses responsabilités que lorsqu'il représente la poursuite.

Dans le cadre du processus de sélection des jurés

Conformément à ce rôle quasi judiciaire, le substitut du procureur général a l'obligation, au cours du processus de sélection des jurés, de veiller à ce que le jury présente les trois caractéristiques précitées, soit l'impartialité, la représentativité et la compétence. Il faut cependant préciser que ces qualités, surtout l'impartialité, ne doivent pas être recherchées dans le but d'obtenir la déclaration de culpabilité, mais bien dans celui de choisir le jury le plus apte à juger l'affaire. En fait, le substitut du procureur général doit utiliser les moyens dont il dispose pour écarter les candidats jurés qui pourraient avoir un parti pris en faveur de la poursuite, même si la défense ne s'en rend pas compte. La fonction «éducative» rattachée à la récusation péremptoire dans le cas de l'accusé n'existe pas dans celui du ministère public: il n'a pas à être persuadé, par la sélection des jurés, d'adhérer au processus judiciaire ou de l'accepter, et il n'a donc pas non plus d'intérêt à écarter des candidats jurés sur la base de perceptions non fondées. Si le substitut du procureur général prend part au processus de sélection des jurés, c'est pour s'acquitter de ses obligations en tant qu'auxiliaire de la justice.

Le ministère public a néanmoins une fonction importante à remplir durant la sélection des jurés. La comparaison avec d'autres pays nous permettra de mieux comprendre cette fonction.

Aux États-Unis, le juge du procès est en règle générale investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire; il peut, au début du procès, exempter des candidats jurés pour des motifs qu'il estime suffisants (*Texas & Pacific Railway Co. c. Hill*, 237 U.S. 208 (1915); en matière fédérale, ce principe est consa-

§ 1866(c)(2)). Afterwards, jury selection involves extensive questioning during a *voir dire* where jurors can be asked various questions, in order to enable the parties to gain sufficient information for their challenges for cause. Furthermore, the range of causes for which a juror can be excluded is virtually limitless, since U.S. courts have repeatedly held that States cannot limit an accused's constitutional right to a fair trial by purporting to enact a closed list of causes for challenge (the evolution of American law on this issue is discussed in Jordan, *Jury Selection*, at pp. 49-55. A large measure of flexibility can therefore be found both in the discretion given to the trial judge and in the unlimited number of grounds of challenge for cause. This flexibility allows for special cases of juror inaptitude to be dealt with as they arise in particular cases, hence enabling the selection process to produce a jury that conforms to constitutional guarantees.

In the United Kingdom, the *Juries Act 1974*, 1974, c. 23, gives a designated officer of the court a general power to excuse (at s. 9) or to defer attendance (at s. 9(2)), when jurors put forward a good reason to do so. At trial, the court itself has a power to excuse for good reason prospective jurors from their jury duties (s. 9(4) of the *Juries Act 1974*), and it also retains a common law power to refuse to allow to be sworn prospective jurors who are incapable of duly attending to the evidence (*Mansell v. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20). At common law, the grounds for challenge for cause are limited, not unlike in Canada. In the United Kingdom, the flexibility to deal with individual jurors whose qualifications may be problematic comes from these broad powers given to the court officer in charge of constituting the panels and to the trial court. A further element of flexibility comes from Crown stand bys, which in English law have been severely curtailed by guidelines from the Attorney General (published at "Practice Note", [1988] 3 All E.R. 1086). These guidelines recognize at paragraph 4 that,

cré dans 28 U.S.C. § 1866c)(2)). Par la suite, la sélection des jurés donne lieu à un interrogatoire approfondi au cours d'un voir dire, pendant lequel diverses questions peuvent être posées aux jurés afin de permettre aux parties d'obtenir suffisamment de renseignements pour exercer leur droit à la récusation motivée. Au surplus, l'éventail des motifs pour lesquels un juré peut être exclu est presque illimité, puisque les tribunaux américains ont à maintes reprises décidé que les États ne pouvaient pas restreindre le droit d'un accusé à un procès équitable, garanti par la Constitution, en prétenant édicter une liste exhaustive de motifs de récusation (dans son ouvrage *Jury Selection*, aux pp. 49 à 55, Jordan étudie l'évolution du droit américain à cet égard). Une forte dose de flexibilité peut donc être observée autant dans le pouvoir discrétionnaire accordé au juge du procès que dans le nombre illimité de motifs de récusation. Cette flexibilité permet de statuer sur les cas particuliers d'inabilité des jurés, au moment où ils se présentent, et de constituer ainsi, grâce au processus de sélection, un jury conforme aux garanties constitutionnelles.

Au Royaume-Uni, la *Juries Act 1974*, 1974, ch. 23, attribue à un fonctionnaire désigné de la cour le pouvoir général d'exempter un candidat juré (art. 9) ou de reporter sa participation (par. 9(2)), quand il fait valoir une bonne raison. Au procès, la cour a elle-même le pouvoir de dispenser du devoir de participer au jury les candidats jurés qui présentent un motif valable (par. 9(4) de la *Juries Act 1974*, précitée) et la common law lui reconnaît toujours le pouvoir de refuser d'assurer les candidats jurés qui sont incapables de bien comprendre la preuve (*Mansell c. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20). En common law, les motifs de récusation sont limités, un peu comme au Canada. Au Royaume-Uni, la flexibilité dont on peut faire preuve à l'endroit des candidats jurés dont les qualités peuvent être problématiques est due aux pouvoirs étendus qui sont attribués à l'officier de justice chargé de former les tableaux, ainsi qu'à la cour qui entend le procès. Un autre élément de flexibilité est fourni par les mises à l'écart accordées au ministère public, qui en droit anglais, ont été grandement restreintes par les

given the discretionary powers outlined above, stand bys will be necessary only in rare cases. Despite the differences in Canadian law that will be outlined below, it is of the utmost interest to note the underlying principles to Crown stand bys, as stated in paragraph I:

1. Although the law has long recognised the right of the Crown to exclude a member of a jury panel from sitting as a juror by the exercise in open court of the right to request a stand by or, if necessary, by challenge for cause, it has been customary for those instructed to prosecute on behalf of the Crown to assert that right only sparingly and in exceptional circumstances. It is generally accepted that the prosecution should not use its right in order to influence the overall composition of a jury or with a view to tactical advantage.

In Canada, constitutional considerations intervene. As this Court has held in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 712-13, "the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens, but with the precautions necessary to ensure an impartial jury". The Court wrote also at p. 713 that "its [the province's] authority over the jury pool is limited to eligibility and personal matters unconnected with the criminal case to be tried". The element of flexibility that was found in American and English law must therefore be found in the provisions of the *Criminal Code*.

In the *Code*, not only is there a list of grounds for challenge for cause in s. 567(1) of the *Criminal Code*, but this list is closed by s. 567(2) of the *Code*. The scope for challenges for cause is therefore limited, unlike in American law. Furthermore, pre-screening of prospective jurors through direct questioning from the judge is confined to obvious cases where consent of counsel can be presumed, following the strand of case law culminating in

lines directrices énoncées par le procureur général (publiées dans «Practice Note», [1988] 3 All E.R. 1086). Ces lignes directrices reconnaissent, au paragraphe 4, qu'étant donné les pouvoirs discrétionnaires susmentionnés, les mises à l'écart ne seront nécessaires que dans de rares cas. Malgré les différences en droit canadien que nous verrons plus loin, les principes qui sous-tendent les mises à l'écart accordées au ministère public présentent beaucoup d'intérêt. Ils sont énoncés au paragraphe I:

[TRADUCTION] 1. Certes, le droit reconnaît depuis longtemps le droit de la Couronne d'exclure un candidat juré à l'audience en exerçant son droit de mettre à l'écart, ou le cas échéant, en le récusant pour cause, mais ceux qui ont été chargés de la poursuite au nom de la Couronne ont coutume d'user de ce droit avec modération et dans des cas exceptionnels. Il est généralement admis que la poursuite ne doit pas exercer ce droit pour orienter la composition du jury ou pour en tirer un avantage tactique.

Au Canada, des considérations constitutionnelles entrent en jeu. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, aux pp. 712 et 713, «la compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence, lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour garantir l'impartialité du jury». La Cour ajoute, à la p. 714, que «leur compétence [celle des provinces] sur le tableau des jurés se limite à l'admissibilité et aux questions personnelles qui n'ont rien à voir avec le procès criminel qui doit avoir lieu.» On doit donc retrouver dans le *Code criminel* l'élément de flexibilité qu'offrent les droits américain et anglais.

Dans le *Code*, non seulement on trouve au par. 567(1) une liste des motifs de récusation, mais encore on constate que le par. 567(2) en fait une liste exhaustive. Les récusations motivées ont donc une portée limitée, contrairement à ce que prévoit le droit américain. Par surcroît, la sélection préalable des jurés qu'effectue le juge en interrogeant les candidats directement est restreinte aux cas évidents dans lesquels le consentement des avocats

Sherratt, supra. Canadian law does not give the trial judges powers to excuse of the same breadth as in the United States or the United Kingdom. It does not put this necessary element of flexibility, in dealing with particular prospective jurors in particular cases, in the hands of the court or of court officers.

Whereas the United States and the United Kingdom rely on the trial judge's discretion or extensive challenge for cause procedures, the Canadian solution to this problem is to allow the Crown, through means put at its disposal, to exclude a prospective juror from the jury. Therein lies the role of the Crown in the Canadian jury selection process. Through this role, in conformity with its general duties, the Crown addresses the need to be able to exclude prospective jurors who would not fall under any of the statutory grounds of exclusion but whose presence on the jury would nevertheless impair its impartiality, its representativeness or its competence. It provides the element of flexibility.

The means provided by the *Code* for the exercise of Crown duties during jury selection is s. 563, where the prosecutor receives powers of peremptory challenge and stand by. As mentioned previously, it is significant that Parliament, when it last addressed the issue of stand bys in 1917, did not choose to abolish them but rather to establish a uniform limit in numbers beyond which judicial authorization is required. Crown stand bys (the same reasoning can be applied to peremptory challenges) had then and still have a function and an importance of their own in the jury selection process.

The relatively large number of challenges and stand bys given to the Crown is consistent with the need for flexibility in the process. It is not incum-

b
est présumé, suivant le courant jurisprudentiel dont l'arrêt *Sherratt*, précité, est l'aboutissement. Le droit canadien n'accorde pas au juge du procès un pouvoir de dispense aussi large que celui dont sont investis les juges des États-Unis et du Royaume-Uni. Il ne met pas à la disposition des juges ou des fonctionnaires judiciaires cet élément de flexibilité nécessaire lorsqu'il s'agit de scruter les qualités de certains candidats jurés.

Alors qu'aux États-Unis et au Royaume-Uni, on compte sur le pouvoir discrétionnaire du juge du procès et sur une procédure libérale des récusations motivées, au Canada, la solution à ce problème est le pouvoir donné au ministère public d'écartier un candidat juré en utilisant les moyens mis à sa disposition. Voilà donc le rôle du ministère public dans le processus de sélection des jurés au Canada. En remplissant cette fonction, conformément à ses obligations générales, le ministère public répond au besoin d'exclure les candidats jurés qui ne sont visés par aucun motif de récusation prévu par la loi, mais dont la participation au jury serait néanmoins préjudiciable à son impartialité, sa représentativité ou sa compétence. Là réside l'élément de flexibilité.

f
Les moyens que fournit le *Code* au ministère public pour qu'il s'acquitte de sa tâche pendant la sélection des jurés se trouvent à l'art. 563, dans lequel le poursuivant se voit accorder des pouvoirs de récusation péremptoire et de mise à l'écart. Répétons-le, il importe de signaler qu'en 1917, c'est-à-dire la dernière fois qu'il s'est penché sur la question des mises à l'écart, le législateur n'a pas choisi de les abolir, mais plutôt de fixer une limite uniforme au delà de laquelle l'autorisation judiciaire est exigée. Les mises à l'écart accordées au ministère public (le même raisonnement vaut pour les récusations péremptoires) avaient alors et ont encore une fonction et une importance particulières dans le processus de sélection des jurés.

j
Le nombre assez élevé de récusations et de mises à l'écart accordées au ministère public est conforme au besoin de flexibilité du processus. Il

bent upon the Court to inquire into the adequacy of the actual numbers contained in the *Code*.

They are the result of historical compromises. The 48 stand bys, for instance, represent an average of the number of persons on jury panels in the nine provinces at the time of the enactment of the *Act to amend the Criminal Code (respecting jurors)*. Whether the figure of 48 is properly determined and whether it is still adequate today are questions better left for Parliament to decide. Irrespective of the precise number, though, this relatively high figure, and consequently the possibility of a large number of Crown interventions in jury selection, enables the Crown fully to play its role when the situation so requires. The Crown will not exercise all of its four challenges and 48 stand bys merely because it holds them. In fact, a proper exercise of its role would call for restraint. Since the Crown plays this important quasi-judicial role and infuses some flexibility into the jury selection process, however, it is only normal that the means of exclusion at its disposal also allow some room for manoeuvre. Moreover, the limit of 48 itself is flexible, since upon judicial authorization it can be increased.

As a result, in my view, the well-informed observer, who knows that the accused and the Crown play different roles in the jury selection process, would not hold a reasonable apprehension of bias from the mere fact that a disparity in the number of recourses against jurors exists in the *Criminal Code*. He or she would see in this disparity a reflection of the asymmetry between the roles of the accused, which is limited, going almost to self-preservation in nature, and of the Crown Attorney, who must conscientiously discharge the quasi-judicial duties incumbent on his or her public office and who accordingly requires some flexibility in the means available to him or her. He or she might well consider that this disparity contributes to a better jury by fostering its impartiality, representativeness and competence. This line of

n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'après des nombres fixés dans le *Code*.

Ces nombres résultent de compromis historiques. Ainsi, les 48 mises à l'écart représentent une moyenne du nombre de candidats jurés formant le tableau dans les neuf provinces au moment de l'adoption de la *Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés)*. Que ce nombre de quarante-huit ait été déterminé à bon droit et qu'il soit toujours approprié, ce sont là des questions qui relèvent du pouvoir législatif. Mais peu importe le nombre en soi, ce chiffre assez élevé et, par conséquent, la possibilité d'un nombre important d'interventions du ministère public dans la sélection du jury permettent à ce dernier de bien jouer son rôle quand la situation le commande. Le ministère public n'utilisera pas ses quatre récusions et ses 48 mises à l'écart simplement parce qu'il en a le droit. En fait, il convient qu'il fasse preuve de modération pour bien remplir sa fonction. Comme le ministère public joue cet important rôle quasi judiciaire et insuffle une certaine flexibilité dans le processus de sélection du jury, il n'est que normal que les moyens dont il dispose pour exclure des candidats jurés lui laissent une marge de manœuvre. Au surplus, la limite de 48 est elle-même flexible, puisqu'elle peut être augmentée avec la permission du tribunal.

Par voie de conséquence, l'observateur bien renseigné, qui sait que l'accusé et le ministère public jouent des rôles différents dans le processus de sélection des jurés, n'aurait pas à mon sens de crainte raisonnable de partialité du simple fait qu'il existe dans le *Code criminel* une disparité dans le nombre de moyens de s'opposer à des jurés. Il verrait dans cette disparité le reflet de l'asymétrie entre le rôle de l'accusé, qui est restreint, tenant presque de l'instinct de conservation, et celui du substitut du procureur général, qui doit s'acquitter consciencieusement des obligations quasi judiciaires inhérentes à sa charge publique et qui a donc besoin d'une certaine flexibilité dans les moyens dont il dispose. Il pourrait bien estimer que cette disparité contribue à la constitution d'un meilleur jury en favorisant son impartialité, sa

reasoning has been followed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351, by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401, and by the Quebec Court of Appeal in *Mansbridge v. R.* (October 1, 1991), Quebec 200-10-000149-851 (C.A.), J.E. 91-1653.

The Link Between the Selection of the Jury and its Impartiality

Furthermore, the observer would fail in my view to see any clear link between the jury selection process and the impartiality of the empanelled jury.

The appellant's central tenet is that the verdict of the jury can be influenced at the stage of selection. The parties, by exerting an influence on who is empanelled on the jury, can fashion a jury to their liking. In this respect, the greater possibility for influence given to the Crown would allow it to model the jury more than could the accused. However, notwithstanding whether they are effective or not, such systematic attempts by the Crown at hand-picking the jury to obtain a conviction would be contrary to its role in the jury selection process and an abuse of its powers. Even for the accused, the kind of deliberate planning involved with such overt jury shaping must be contrasted with the attitude envisioned by the "didactic" rationale mentioned above, where the accused voices his or her sudden perceptions and prejudices.

Factual Basis

Many studies have been conducted on the relationship between peremptory challenges and jury verdicts in the United States, but their relevance is very limited since the American jury selection procedure generally comprises an extensive *voir dire* where prospective jurors are questioned in order to provide parties with sufficient information for the selection process. Attempts to shape the verdict during selection rest on a sounder scientific basis

représentativité et sa compétence. La Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401, et la Cour d'appel du Québec, dans *Mansbridge c. R.* (1^{er} octobre 1991), Québec 200-10-000149-851 (C.A.), J.E. 91-1653, ont tenu le même raisonnement.

b Le lien entre la sélection du jury et son impartialité

De plus, l'observateur ne verrait pas, à mon avis, de lien net entre le processus de sélection et l'impartialité du jury constitué.

Le principe central sur lequel repose l'argument de l'appelant est que le verdict du jury peut être influencé à l'étape de la sélection. Les parties, en exerçant une influence sur la composition du jury, peuvent le façonner à leur guise. À cet égard, l'influence plus considérable donnée au ministère public lui permettrait de constituer un jury plus conforme à sa volonté que ne le peut l'accusé. Toutefois, sans égard à leur efficacité, de telles tentatives systématiques du ministère public de trier les jurés sur le volet afin d'obtenir une déclaration de culpabilité iraient à l'encontre de son rôle dans le processus de sélection des jurés et constituerait un abus de pouvoir. Même dans le cas de l'accusé, pareille volonté délibérée de former un jury manifestement conforme à son goût doit être mise en contraste avec l'attitude de la part de l'accusé qui suppose la fonction «éducative» susmentionnée, reliée à l'expression de ses impressions et préjugés du moment.

h

Les faits

Aux États-Unis, nombre d'études ont analysé les rapports entre les récusations péremptoires et les verdicts des jurys, mais leur pertinence est très limitée, étant donné que la procédure américaine de sélection des jurés comprend en règle générale un important *voir-dire* au cours duquel les candidats jurés sont interrogés afin que les parties disposent de renseignements suffisants pour choisir les jurés. Les tentatives d'influencer le verdict durant

in the United States, where parties will know after the *voir dire* how jurors think about certain issues, how they think about the crime with which the accused is charged, among others. Even then, American studies remain fairly divided on the existence of any link between jury selection and verdicts.

In Canada, the information available to the parties during the selection process is very limited: aside from apparent features such as gender, race or age, parties are only provided with the names and occupations of prospective jurors. It is not apparent that parties can influence the verdict by challenging or standing by prospective jurors, given this dearth of information.

Both parties have cited an English study, which could be taken with caution as the most applicable empirical work. In this study, titled "The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome", [1988] *Crim. L.R.* 731, authors Vennard and Riley tried to determine if the use by defendants of their peremptory challenges could increase their chances of acquittal. A quotation from their conclusions at p. 738 sheds some light on the lack of factual foundation for the appellant's claim:

... the findings do not lend support to the criticism that peremptory challenge gives an unfair advantage to the defence and that juries subjected to challenge are predisposed to acquit. Bearing in mind the uncertainty of peremptory challenge as a means of influencing the composition of the jury to achieve a favourable outcome, the lack of association is, perhaps, to be expected. First, it must be remembered that the pool of potential jurors for each defendant is limited to those members of the public who comprise the jury panel on that day. In addition, any attempt to affect the outcome through challenge relies on subjective judgments about the relationship between a potential juror's age, sex and appearance and his or her propensity to convict or acquit.

la sélection s'appuient sur des preuves scientifiques plus sérieuses aux États-Unis, où les parties connaissent après le voir-dire l'opinion des jurés sur certaines questions, entre autres, sur le crime reproché à l'inculpé. Même alors, on note que les points de vue sont assez partagés, dans les études américaines, sur l'existence d'un lien entre la sélection des jurés et les verdicts.

Au Canada, les renseignements dont disposent les parties durant le processus de sélection sont très limités: mis à part les traits physiques apparents, tel le sexe, la race ou l'âge, les parties ne sont mises au courant que du nom et de l'occupation des candidats jurés. Il n'est pas évident que les parties sont en mesure d'influencer le verdict en récusant ou en mettant à l'écart des candidats jurés, vu le peu d'information qui leur est communiquée.

Les deux parties ont cité une étude anglaise, que l'on pourrait tenir avec circonspection pour l'ouvrage empirique le plus applicable. Dans cette étude, intitulée «The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome», [1988] *Crim. L.R.* 731, les auteurs Vennard et Riley ont essayé de déterminer si le recours par les accusés aux récusations péremptoires pouvait augmenter leurs chances d'acquittement. Un extrait de leurs conclusions, tiré de la p. 738, jette un peu de lumière sur l'insuffisance des données factuelles pouvant étayer la thèse de l'appelant:

[TRADUCTION] ... les constatations ne corroborent pas la critique selon laquelle la récusation péremptoire donne un avantage injuste à la défense et selon laquelle les jurys dont on demande la récusation sont prédisposés à l'acquittement. Si l'on se rappelle qu'il n'est pas certain que la récusation péremptoire soit un moyen d'influencer la composition du jury de manière à obtenir un résultat favorable, l'absence de lien de cause à effet n'est peut-être pas étonnante. Premièrement, il ne faut pas oublier que les seuls candidats que peut sélectionner l'accusé sont ceux qui forment le tableau des candidats jurés le jour en question. En outre, toute tentative d'influencer le résultat au moyen des récusations dépend de jugements subjectifs sur le rapport entre l'âge, le sexe et l'apparence d'un candidat et sa prédisposition à la condamnation ou à l'acquittement.

Of course, I do not consider that jurors come to their task with a completely blank slate, devoid of any preconceptions and prejudices. Each juror has his or her own particular mind set, and it forms part of his or her representative quality. It must be emphasized, however, that parties who try to fashion the jury through the selection process play the sorcerer's apprentice. The appellant cannot claim that these attempts violate his rights under the Charter.

The well-informed observer should not be expected to have read the most recent empirical studies on jury selection. Yet he or she will certainly see that there is little practical relation between the excluded jurors and the impartiality of the jury actually selected, and that Crown challenges and stand bys serve a legitimate purpose and remain but one part of a criminal trial.

The Excluded Jurors and the Jury Itself

This Court in *Sherratt*, *supra*, recognized that tampering with the randomness of the jury roll at the selection stage, through challenges and stand bys, was permissible and did not in and of itself give rise to a reasonable apprehension of bias, as was mentioned above.

During the selection process, both parties have at their disposal means to exclude jurors summarily. There is no indication, and the appellant does not contend, that the number of peremptory challenges given to the accused is insufficient as such. The appellant complains only that the Crown has stand bys in great numbers in addition to its peremptory challenges. Since in addition to the peremptory challenges the accused is unrestricted in challenging for cause, and since the stand by procedure is an exclusionary mechanism, even its abuse, while it might result in some qualified and impartial persons' being excluded, does not lead to the choice of biased jurors. The 12 jurors finally selected will not appear to be partial to the Crown. It cannot be inferred that those challenged or stood by by the Crown were necessarily favourable to the accused (even if it were so, the accused is

Naturellement, je sais bien que les jurés n'accomplissent pas leur tâche en faisant table rase de leurs idées préconçues et de leurs préjugés. Chacun d'eux a ses idées arrêtées et est en cela représentatif. Il convient toutefois de souligner que les parties qui essaient de façonne le jury au moyen du processus de sélection sont des apprentis sorciers. L'appelant ne peut pas affirmer que ces tentatives portent atteinte à ses droits garantis par la *Charte*.

L'observateur bien renseigné n'aura vraisemblablement pas lu les dernières études empiriques sur la sélection des jurés. Pourtant il constatera certainement qu'il n'y a en pratique que peu de rapport entre les jurés exclus et l'impartialité du jury constitué, et que les récusations et les mises à l'écart accordées au ministère public visent un but légitime et ne constituent que l'un des aspects du procès criminel.

Les jurés exclus et le jury

Dans larrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a reconnu qu'il était permis de modifier la représentativité du tableau des jurés à l'étape de la sélection, au moyen des récusations et des mises à l'écart, et que cela ne suscitait pas en soi une crainte raisonnable de partialité, comme nous l'avons vu.

Durant le processus de sélection, les deux parties disposent de moyens d'écartier des candidats sommairement. Rien n'indique et l'appelant ne prétend pas que le nombre de récusations péremptoires accordé à l'accusé soit insuffisant. Ce dont il se plaint, c'est que le ministère public jouit de nombreuses mises à l'écart en sus de ses récusations péremptoires. Puisque, en plus de ses récusations péremptoires, l'accusé peut user sans restriction des récusations motivées, et puisque la procédure des mises à l'écart représente un mécanisme d'exclusion, même l'abus à cet égard, encore qu'il puisse entraîner l'exclusion de quelques personnes compétentes et impartiales, ne conduit pas au choix de jurés partiaux. Les douze jurés sélectionnés ne sembleront pas partiaux envers le ministère public. On ne saurait inférer que les candidats récusés ou mis à l'écart par le

not entitled to a favourable jury, as was noted before). Reciprocally, it cannot be concluded that a juror is biased in favour of the Crown simply because the Crown has not exercised a challenge or a stand by against him or her.

In the end, the 12 members of the jury, who have withstood the selection process, are the ones who matter in examining whether a reasonable apprehension of bias arises. The accused as well as the Crown had the opportunity to exclude them somehow as they were called, if they had any doubt on their fitness to serve as jurors. To the observer, this feature of the jury selection process not only does not give rise to an apprehension of bias, but rather increases the perception that the jury is impartial, since the accused and the Crown have had a chance to weed out the jury.

In *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (Ont. H.C.), Potts J. adopted the same approach, and he made the following statement at pp. 86-87:

When one reviews the entire jury selection process, it becomes clear that the acts complained of as being unfair are at the end of a rather lengthy process designed to ensure randomness and independence and impartiality. Can the Crown's ability to request that a potential juror stand aside be seen to impugn this entire process? I respectfully submit that it cannot. At best, the jury selection carried on in a courtroom by counsel is educated guesswork operating on a sample of strangers carefully chosen in a neutral fashion. Does an individual, chosen at random, who has survived the scrutiny of the accused assume a pro-Crown bias merely because he is not asked by the Crown to stand aside? Does a jury composed of such individuals become something less than "independent and impartial"? Alternatively, does an individual who is initially asked to stand aside but later recalled assume a pro-accused bias merely because he had first been asked to stand aside? I would respectfully submit that the individual biases of any potential juror are left unaffected by the Crown's request to stand aside or not. Therefore, I find that the independence and impartiality of the jury as a whole as it is finally selected are not affected by the number of stand-asides which the

ministère public étaient nécessairement favorables à l'accusé (même si c'était le cas, l'accusé n'a pas droit à un jury favorable, comme on l'a fait remarquer précédemment). Réciproquement, on ne saurait conclure qu'un juré est bien disposé envers le ministère public simplement parce que celui-ci n'a pas exercé son droit de le récuser ou de le mettre à l'écart.

En dernière analyse, les douze membres du jury, qui n'ont pas été écartés durant le processus de sélection, sont ceux qui importent lorsqu'il s'agit de décider s'il y a une crainte raisonnable de partialité. L'accusé et le ministère public ont eu la possibilité de les écarter d'une façon ou d'une autre quand leur nom a été appelé s'ils avaient un doute quant à leurs qualités pour être jurés. Pour l'observateur, cette caractéristique du processus de sélection des jurés non seulement ne suscite pas de crainte raisonnable de partialité, mais renforce plutôt la perception que le jury est impartial, puisque l'accusé et le ministère public ont eu l'occasion d'éliminer des candidats jurés.

Dans l'arrêt *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (H.C. Ont.), le juge Potts a adopté ce point de vue. Il a déclaré ce qui suit, aux pp. 86 et 87:

[TRADUCTION] Lorsque l'on étudie l'ensemble du processus de sélection du jury, il devient évident que les actes que l'on qualifie d'injustes se trouvent à la fin d'un processus plutôt long conçu pour garantir un jury indépendant et impartial choisi au hasard. Peut-on considérer que la faculté qu'a le ministère public de demander la mise à l'écart d'un candidat juré vicie le processus tout entier? J'avance avec égards qu'il n'en est rien. Au mieux, la sélection du jury faite par les avocats dans la salle d'audience résulte du flair professionnel à l'œuvre sur un groupe d'étrangers soigneusement choisis de façon neutre. La personne choisie au hasard qui n'a pas été récusée par l'accusé acquiert-elle un préjugé favorable au ministère public du simple fait que celui-ci ne lui a pas demandé de se tenir à l'écart? Le jury composé de telles personnes devient-il moins qu'"indépendant et impartial"? D'autre part, la personne à qui l'on a tout d'abord demandé de se tenir à l'écart et qui est rappelée par la suite devient-elle sympathique à l'accusé simplement parce qu'on l'avait d'abord mise à l'écart? J'estime que les préjugés particuliers des candidats jurés n'ont rien à voir au fait que le ministère public leur demande ou non de se tenir à l'écart. Par conséquent, je

Crown has or has elected to use. Although when viewed in isolation the Criminal Code provisions may appear to be unfair, I find that when the entire jury selection process is reviewed the advantage to the Crown, while present, is slight; it certainly does not constitute a rule which is so unfair that it results in an unfair trial of the accused.

I cannot but agree with these words, as did the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart, supra*.

Peremptory Challenges and Stand Bys Within the Criminal Trial

Moreover, the likelihood that the impugned disparity had an influence on the jury clashes squarely with other fundamental characteristics of criminal jury trials.

For one, the verdict of the jury must be unanimous. According to Lord Devlin, *Trial by Jury*, at p. 48, this rule was established in 1367 and has remained unchanged since. In our criminal law, the jury only exists as a collectivity, and not as a group of individuals. Such a conception is borne out by empirical findings as well. In their book *Jury Trials*, Baldwin and McConville conclude at pp. 104-105:

Having examined the relationships between the characteristics of juries and the verdicts they return, we can confidently state that no single social factor (nor, as far as we could detect, any group of factors operating in combination) produced any significant variation in the verdicts returned across the board. This negative conclusion is, to a degree, a surprising one since common sense and a voluminous literature would have suggested the opposite. The contradiction is, however, relatively easily explained. The truth of the matter is that most juries . . . were extremely mixed, and it is to be expected that the amalgam of personal and social attributes that make up a jury will produce verdicts which reflect that unique social mix rather than the broad social characteristics of the individuals concerned.

Any attempt to influence the verdict of the jury by hand-picking its members, unless it can be done on

a conclus que le nombre de mises à l'écart que le ministère public a choisi d'utiliser ou dont il dispose n'a aucun effet sur l'indépendance et l'impartialité du jury tel que constitué. Certes, prises isolément les dispositions du Code criminel peuvent sembler inéquitables, mais je conclus que, si l'on examine l'ensemble du processus de sélection des jurés, l'avantage dont jouit le ministère public, quoique réel, est léger; il ne s'agit certainement pas d'une règle inéquitable au point d'entraîner pour l'accusé un procès inéquitable.

b Je ne peux que souscrire à ces propos, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Stoddart*, précité.

Les récusions péremptoires et les mises à l'écart dans le contexte du procès criminel

Au surplus, la probabilité que la disparité en cause ait eu une influence sur le jury est carrément incompatible avec les autres caractéristiques fondamentales des procès criminels devant jury.

Tout d'abord, le verdict du jury doit être unanime. Dans son ouvrage *Trial by Jury*, à la p. 48, lord Devlin affirme que cette règle remonte à 1367 et n'a pas changé depuis. Dans notre droit pénal, le jury n'a d'existence que collectivement et non en tant que réunion d'individus. Des études confirment cette conception. Dans leur ouvrage, *Jury Trials*, Baldwin et McConville tirent la conclusion suivante, aux pp. 104 et 105:

[TRADUCTION] Après avoir examiné le rapport entre g les caractéristiques des jurys et les verdicts qu'ils rendent, nous pouvons affirmer avec confiance qu'aucun facteur social (ni, dans la mesure où nous avons pu l'observer, aucun groupe de facteurs combinés) n'a produit de variation importante dans les verdicts rendus. Ce résultat négatif est, jusqu'à un certain point, étonnant, car le bon sens et de nombreux ouvrages semblent indiquer le contraire. La contradiction peut cependant s'expliquer assez facilement. À la vérité, la plupart des jurys [...] étaient composés d'éléments très variés et l'on peut s'attendre à ce que l'amalgame des attributs personnels et sociaux que représente un jury produise des verdicts qui traduisent ce mélange social unique plutôt que les caractéristiques sociales générales des personnes qui le composent.

j Toute tentative d'influencer le verdict du jury en triant les membres sur le volet, sauf si elle réussit à

such a grand scale as to affect the whole jury, is bound to run against the unanimity requirement, and its efficacy may therefore be highly doubted by the observer.

Furthermore, the parties to a criminal trial both try to convince the jury to adopt their conclusions. The criminal trial as a whole is an adversarial process, designed to lay before the jury all the evidence and all the arguments that are relevant to its decision. If the verdict could be determined at the jury selection stage, the trial would serve little purpose. Crown challenges and stand bys are part of a larger trial procedure conceived to allow the culpability of the accused to be debated, while remaining fair to the accused. The burden of proof requirements, the evidentiary exclusions and the defences open to the accused all contribute to these objectives. In arguing that a mere disparity in the jury selection process suffices to predetermine the verdict and to render the whole trial unfair, the appellant denies the very essence of the trial.

These considerations were behind one of the earliest pronouncements on the issue, found in *R. v. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (Ont. H.C.), at pp. 29-30:

The jury selection process is just one step in the trial. The course of a trial is governed and affected by almost countless rules relating to procedure and the admissibility of evidence. Many of those rules when isolated and looked at individually, would appear to favour either the Crown or the accused. Indeed, the same rule may at one point favour the Crown and at another point favour the accused. Others of those rules consistently favour either the Crown or the accused. The requirements; that the Crown prove each element of a charge beyond a reasonable doubt before there can be a conviction; that the accused cannot be required to testify and that the Crown and the trial judge may not comment on the fact that the accused has not testified are examples of rules that favour the accused.

déterminer la composition du jury tout entier, va sûrement se heurter à l'exigence de l'unanimité, et son efficacité peut donc être sérieusement mise en doute par l'observateur.

Par surcroît, les parties à une poursuite criminelle essaient toutes deux de convaincre le jury d'adopter leurs conclusions. Le procès criminel dans l'ensemble constitue un processus contradictoire, conçu pour présenter au jury toute la preuve et tous les arguments pertinents par rapport à la décision qu'il doit prendre. S'il était possible de déterminer le verdict dès l'étape de la sélection des jurés, le procès aurait peu d'utilité. Les récusations et les mises à l'écart accordées au ministère public font partie de la procédure générale d'un procès qui vise à débattre la culpabilité de l'accusé, tout en étant équitable à son endroit. Les exigences de fardeau de la preuve, l'exclusion d'éléments de preuve et les moyens de défense dont l'accusé peut se prévaloir, tout cela contribue à la réalisation de ces objectifs. En soutenant que la simple inégalité des moyens offerts durant le processus de sélection des jurés suffit à prédéterminer le verdict et à rendre l'ensemble du procès injuste, l'appelant nie l'essence même du procès.

f Ces considérations ont fondé l'une des premières opinions émises sur la question, dans l'arrêt *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (H.C. Ont.), aux pp. 29 et 30:

[TRADUCTION] Le processus de sélection du jury n'est qu'une étape du procès; le cours de ce dernier est régi et influencé par un nombre presque illimité de règles relatives à la procédure et à la recevabilité de la preuve. h Nombre de ces règles, prises et considérées isolément, paraîtraient favoriser soit le ministère public, soit l'accusé. De fait, la même règle peut, à un moment, favoriser le ministère public, et à un autre, l'accusé. D'autres parmi ces règles favorisent constamment soit le ministère public, soit l'accusé. Mentionnons parmi les règles qui favorisent l'accusé les suivantes: le ministère public doit faire la preuve de chaque élément des chefs d'accusation au-delà de tout doute raisonnable pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut être contraint de témoigner et ni le ministère public ni le juge du procès ne peuvent faire de commentaires sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné.

In my view, so far as the issue before me is concerned, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives to every citizen the right to a fair trial. It does not assure him the right that every rule that governs that trial, when examined individually, be fair to him. It does, however, assure him that any individual rule that is so unfair that it will result in an unfair trial being had will be struck down.

The above reasoning has been echoed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart*, *supra*, by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201, and by the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227. I would also adopt it. One must beware, of course, of excusing violations of the *Charter* in criminal procedure on the grounds that our system of criminal trial as a whole is fair. As was said in *Piraino*, some rules may be so unfair that they will be struck down.

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

Institutional and Individual Impartiality

Fundamentally, the appellant's position is based on an apprehension of abuse or misuse by the Crown of its powers in a substantial number of cases, which would impinge upon the impartiality of the empanelled jury at the institutional level. I have just outlined my reasons for finding that this submission must fail in the absence of any reasonable apprehension of bias in the eyes of a well-informed observer. Throughout, I remained at the level of pure "apprehension", and I did not con-

À mon sens, en ce qui concerne le point litigieux en l'espèce, la *Charte canadienne des droits et libertés* donne à chaque citoyen le droit à un procès équitable. Elle ne lui garantit pas que chaque règle qui régit le procès, prise individuellement, sera juste à son égard. Mais elle lui garantit cependant que toute règle individuelle qui est si injuste qu'elle entraînera un procès inéquitable sera abrogée.

Ce raisonnement a été repris par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Stoddart*, précité, par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201, et par la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *R. c. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227. Je l'approuverais moi aussi. Il faut se garder bien entendu d'excuser des atteintes à la *Charte* dans la procédure pénale sous prétexte que notre système judiciaire pénal est juste dans l'ensemble. Comme le dit la cour dans l'arrêt *Piraino*, certaines règles peuvent être si injustes qu'elles doivent être abrogées.

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

Impartialité institutionnelle et impartialité individuelle

Fondamentalement, la thèse de l'appelant repose sur une crainte que le ministère public n'abuse ou ne fasse un mauvais usage de ses pouvoirs dans un grand nombre de cas, ce qui porterait atteinte, au niveau institutionnel, à l'impartialité du jury tel que constitué. J'ai exposé les raisons pour lesquelles je conclus que cet argument n'est pas fondé, vu l'absence de crainte raisonnable de partialité aux yeux d'un observateur bien renseigné. En ce faisant, je suis resté au niveau de la

sider, apart from the question of whether an apprehension could arise on the face of the *Criminal Code* provisions, whether there was any support, judicial, doctrinal or otherwise, for the appellant's alleged apprehension.

No evidence has been presented of an abusive Crown practice. It is to be noted, as was mentioned above, that Parliament chose to limit and maintain Crown stand bys in 1917, and not to abolish them, amid the fears of abuse expressed by some members. The British Parliament, when it enacted the *Criminal Justice Act 1988* (U.K.), 1988, c. 33, which abolished the peremptory challenges that remained to the accused, also avoided to abolish Crown stand bys, on the grounds that they serve a valid purpose, as outlined in the Attorney General's guidelines, *supra*. Furthermore, but for one trial court case, Canadian courts, in particular at the appellate level, have always upheld s. 563 of the *Criminal Code*. None of them found any substance in allegations of institutional partiality. Finally, at the doctrinal level, but for the slight editorial piece of Mewett, "The Jury Stand-By" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, no Canadian authors of which I am aware have reviewed the issue since the Law Reform Commission of Canada issued its report, *The Jury*, *supra*, in 1982.

The Commission's brief remarks on peremptory challenges and stand bys, at p. 47 of its report, show that it did not consider that the *Code* provisions were unfair to the accused, although it suggested the abolition of stand bys, and their replacement by an increased number of peremptory challenges, on the basis that they were obsolete and anachronistic. In the realm of independence and impartiality, however, the *Charter* does not require perfection, as has been mentioned on several occasions by this Court (see *Valente v. The Queen*, *supra*, and the recent case of *R. v. Lippé*, *supra*; as for s. 563 of the *Code*, specifically, see *R. v. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444 (C.A.)). The constitutional validity of s. 563 of the *Criminal Code* does not mean that it is exempt from criti-

«crainte» pure et, mis à part la question de savoir si une crainte pouvait naître des dispositions mêmes du *Code criminel*, je n'ai pas examiné jusqu'ici la question de savoir si la crainte alléguée par l'appelant trouve quelque appui soit dans la jurisprudence, soit dans la doctrine ou autrement.

On n'a pas fait la preuve d'une pratique abusive de la part du ministère public. Il convient de remarquer, répétons-le, que le législateur a choisi, en 1917, de conserver et de limiter les mises à l'écart, et non pas de les abolir, malgré les craintes d'abus exprimées par certains députés. Quand il a voté la *Criminal Justice Act 1988*, (R.-U.) 1988, ch. 33, qui abolissait les récusations péremptoires dont l'accusé bénéficiait encore, le Parlement britannique a lui aussi évité d'abolir les mises à l'écart accordées au poursuivant, parce qu'elles avaient un but valable, comme l'attestent les lignes directrices, précitées, établies par le procureur général. En outre, sauf dans une affaire devant une cour de première instance, les tribunaux canadiens, dont les cours d'appel, ont toujours confirmé la validité de l'art. 563 du *Code criminel*. Aucun de ceux-ci n'a jugé fondées les allégations de partialité institutionnelle. Enfin, sauf pour le court éditorial de Mewett, «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, aucun auteur canadien n'a, à ma connaissance, étudié la question depuis la parution, en 1982, du rapport de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Le jury*, *op. cit.*

Les brèves observations de la Commission sur les récusations péremptoires et les mises à l'écart, à la p. 48, montrent qu'elle n'a pas estimé que les dispositions du *Code* étaient injustes pour l'accusé, encore qu'elle ait proposé l'abolition des mises à l'écart et leur remplacement par un nombre accru de récusations péremptoires, parce que les premières étaient dépassées et anachroniques. En matière d'indépendance et d'impartialité toutefois, la *Charte* n'exige pas la perfection, comme notre Cour l'a déclaré à plusieurs reprises (voir l'arrêt *Valente c. La Reine*, précité, et l'arrêt récent *R. c. Lippé*, précité; quant à l'art. 563 du *Code* précisément, voir l'arrêt *R. c. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444 (C.A.)). La constitutionnalité de l'art. 563 du *Code criminel* ne signifie pas qu'il soit à l'abri des

cism. Many avenues for its reform and the reform of the jury selection process have been proposed. I do not wish to comment on them. Absent *Charter* violations, this Court has no mandate to engage in law reform.

The appellant's arguments amount to suggesting that jury trials conducted under the provisions of the *Criminal Code* have in a substantial number of cases been unfair to the accused or at least given rise to an apprehension of unfairness. Far be it from me to give in to the sheer weight of history, but trial by jury remains such a central and cherished feature of our criminal law that it would seem somewhat incongruous that many juries to date (or at least many of those selected after Crown challenges and stand bys were exercised) would be so fundamentally flawed. It would be regrettable to invalidate s. 563 of the *Code* on the basis of such sweeping assertions, thereby also defeating the legitimate and useful purposes for which it has been enacted.

Should the possibility of abuse advanced by the appellant materialize in instant cases, where the Crown rather than fulfilling its duty would misuse or abuse its powers, these could be adequately dealt with on an individual basis.

In the United States, it is true, problems have arisen with the use of peremptory challenges by the prosecution to exclude blacks from the jury. In *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), the Supreme Court of the United States has held that in these situations the accused has a recourse against the prosecution if discrimination is proven. Canada has largely been spared these prosecutorial practices, but if they occur, the common law and the *Charter* offer sufficient protection to the accused (see Hébert, "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", in *Droit pénal—orientations nouvelles*, and Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15). Although the right of the Crown to stand by jurors is not such as to give rise to a reasonable apprehension of partiality in a

critiques. Bon nombre de propositions de réforme de ce texte et du processus de sélection des jurés ont été formulées. Je ne ferai pas d'observations à ce sujet. À défaut de violation de la *Charte*, notre Cour n'a pas pour mandat de réformer le droit.

Les arguments de l'appelant équivalent à soutenir que les procès devant jury, suivant la procédure prévue dans le *Code criminel*, ont, dans un grand nombre de cas, été injustes pour l'accusé ou ont du moins suscité une crainte d'injustice. Loin de moi l'idée de plier sous le simple poids de l'histoire, mais le procès devant jury demeure une caractéristique fondamentale et précieuse de notre droit pénal, à tel point qu'il me semblerait un peu absurde que de nombreux jurys (ou du moins bon nombre de ceux qui ont été constitués après l'exercice par le ministère public de son droit de récuser ou de mettre à l'écart des candidats jurés) aient été, jusqu'à nos jours, essentiellement viciés à ce point. Il serait regrettable d'invalider l'art. 563 du *Code* sur la base de telles généralisations et, en ce faisant, de mettre de côté les objectifs légitimes et utiles en vue desquels il a été adopté.

Si la possibilité d'abus que fait valoir l'appelant venait à se concrétiser—le ministère public usant à tort ou abusant de ses pouvoirs au lieu de remplir sa fonction—le problème pourrait être réglé au cas par cas.

Aux États-Unis, il est vrai, des problèmes se sont posés au sujet de l'usage des récusations péremptoires par des poursuivants pour exclure des Noirs du jury. Dans l'arrêt *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), la Cour suprême des États-Unis a décidé que, en pareil cas, l'accusé peut faire valoir un droit contre le poursuivant si la discrimination est prouvée. Le Canada a en grande partie évité de telles pratiques de la part des poursuivants, mais si elles se produisent, la common law et la *Charte* offrent suffisamment de garanties à l'accusé (voir Hébert, «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne», dans *Droit pénal—orientations nouvelles*, et Morgan, «Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15). Bien que le droit du ministère public de demander à des jurés de se

substantial number of cases, should a case occur in which the use of stand bys by the Crown is such as to create a reasonable apprehension of partiality, a court must be mindful that the purpose of the *Charter* is the unremitting protection of individual rights and liberties—*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155. It will be up to the trial judge to ensure that the prosecution is not abusing its power of stand bys, and to allay any apprehension as to impartiality. This was the approach apparently taken by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783. In that case, counsel for the Crown used 20 stand bys for the admitted purpose of empanelling an all-female jury for the trial of a man accused of sexual assault. The Court of Appeal allowed the appeal from conviction and ordered a new trial.

tenir à l'écart ne soit pas susceptible, dans un grand nombre de cas, de susciter de crainte raisonnable de partialité, si cela devait se produire dans un cas, le tribunal doit se rappeler que la *Charte* a pour objet la protection constante des droits et libertés de chacun, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155. Il reviendra alors au juge du procès de veiller à ce que la poursuite n'abuse pas de son pouvoir de mise à l'écart des jurés et de dissiper toute crainte quant à l'impartialité. Il semble que ce soit la démarche qu'aït adoptée la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Pizzacalla* (1991) 5 O.R. (3d) 783. Dans cette affaire, le substitut du procureur général a demandé à vingt candidats jurés de se tenir à l'écart dans le but admis de constituer un jury entièrement féminin pour le procès d'un homme accusé d'agression sexuelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

This ruling is limited to s. 563(1) and (2) (now s. 634(1) and (2)) of the *Code*. As they now stand, they do not offend the constitutional guarantees of impartiality secured by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. There was therefore no constitutional basis for the ruling made by the trial judge in the instant case, restricting the Crown and the accused to four peremptory challenges and depriving the Crown of its right to stand by prospective jurors.

La présente décision est limitée aux par. 563(1) et (2) (maintenant par. 634(1) et (2)) du *Code*. Dans leur libellé actuel, ils ne portent pas atteinte aux garanties constitutionnelles d'impartialité offertes par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. En limitant à quatre les récusations péremptoires accordées au ministère public et à l'accusé et en privant le ministère public de son droit de demander à des candidats jurés de se tenir à l'écart, le juge du procès en l'espèce a donc rendu une décision mal fondée sur le plan constitutionnel.

II—The Consequences of the Trial Judge's Ruling on the Validity of the Trial

The appellant submits that s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, can be used by an appellate court to cure the error that was made by the trial judge in his order.

II—Les conséquences de la décision du juge du procès sur la validité du procès

L'appelant soutient qu'une cour d'appel peut invoquer les dispositions du sous-al. 686(1)b(iv) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour réparer l'erreur commise par le juge du procès en rendant son ordonnance.

Section 686 of the *Code* reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand trial, or against a special

L'article 686 du *Code* est ainsi conçu:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation

verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

tion mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel:

(b) may dismiss the appeal where

^a b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

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

^b c

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

The appellant relies on *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, a decision of the Ontario Court of Appeal. There the accused had been excluded from the courtroom in the course of the trial, in violation of s. 577 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. After having reviewed and distinguished precedents that had been decided before s. 613(1)(b)(iv) of the *Code* (now s. 686(1)(b)(iv)) came into force, the Ontario Court of Appeal discussed the intent of Parliament in enacting this section at p. 46:

It is appropriate to consider at this point, the purpose of the enactment of s. 613(1)(b)(iv) [now s. 686(1)(b)(iv)]. At the very least Parliament must have intended to give to the Court of Appeal a discretionary power which it did not have previously. It already had under s. 613(1)(b)(iii) [now s. 686(1)(b)(iii)] the power to dismiss an appeal where a mistake of law had occurred but the court was of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. It was accordingly not necessary to enact a provision to cover errors in nature of procedural irregularities as they are by their very nature errors of law.

... where the ground for an appeal was an error of law and that error of law was the contravention of s. 577(1) [now s. 650(1)], guaranteeing the right of the accused to be present at the trial, such error resulted in a loss of jurisdiction and the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) did not apply even though the error did not result in substantial wrong or miscarriage of justice. . . . *A fortiori*, if the ground of appeal was that the court, in the first instance, had no jurisdiction over the class of offence of which an appellant had been con-

L'appelant s'appuie sur l'arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire, l'accusé avait été exclu de la salle d'audience durant le procès, en contravention de l'art. 577 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Après avoir étudié la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du sous-al. 613(1)b(iv) (maintenant sous-al. 686(1) b(iv)) et estimé que la situation était différente, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné, à la p. 46, l'intention du législateur au moment d'adopter cet article:

^f [TRADUCTION] Il convient d'examiner maintenant l'objectif du sous-al. 613(1)b(iv) [maintenant le sous-al. 686(1)b(iv)]. Le législateur devait, à tout le moins, avoir l'intention d'attribuer à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire qu'elle n'avait pas auparavant. Déjà, aux termes du sous-al. 613(1)b(iii) [maintenant le sous-al. 686(1)b(iii)], elle était habilitée à rejeter un appel si, malgré une erreur de droit, elle était d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit. Il n'était donc pas nécessaire d'édicter une disposition visant les irrégularités de procédure car elles sont par nature des erreurs de droit.

ⁱ ... si le motif d'appel était une erreur de droit et que cette erreur de droit fut la transgression du par. 577(1) [maintenant le par. 650(1), garantissant le droit de l'accusé d'être présent pendant son procès], cette erreur entraînait la perte de compétence, et les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)b(iii) ne s'appliquaient pas, même si l'erreur n'avait pas entraîné de tort important ni d'erreur judiciaire grave [...] À fortiori, si le motif d'appel était l'incompétence du tribunal de première instance à l'égard de la catégorie d'infractions

victed, the Court of Appeal could not rely on the provisions of s. 613(1)(b)(iii).

... the inclusion of the words "the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted" in s. 613(1)(b)(iv) make it quite clear that the new provision was intended to give to the Court of Appeal the discretionary power to dismiss an appeal where a court has jurisdiction in the first instance but has lost jurisdiction as a result of some procedural irregularity.

The Court of Appeal summed up its reasoning at p. 48:

... it is necessary to distinguish between (1) errors of substance such as exist in cases where the court has no jurisdiction over the class of offences charged and which are not procedural in nature at all; (2) irregularities in procedure of a relatively minor nature which do not result in a loss of jurisdiction on the part of the trial court, and (3) irregularities in procedure which are so serious in nature that they are deemed to be matters of substance which result in a loss of jurisdiction.

... the wording of s. 613(1)(b)(iv) makes it clear that its curative provisions do not apply to the first type of error. It is equally clear that its curative provisions do apply to the second type of error or irregularity but that type of error could be dealt with under s. 613(1)(b)(iii). There would be no point in enacting s. 613(1)(b)(iv) for this purpose.

... the curative provisions do apply to the third type of error or irregularity. Although the third type of procedural irregularity is one that is so serious that it is deemed to be fundamental in nature and results in a loss of jurisdiction, it does nevertheless have its origin as a procedural irregularity at trial.

I agree with this interpretation of s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. Parliament clearly intended to limit annulments for jurisdictional grounds to cases where prejudice to the accused has occurred, provided the court had jurisdiction over the class of offences in question. In the instant case, the District Court of Ontario had jurisdiction over the offence with which the accused was charged, and therefore the error of the trial judge would come under the third category outlined by

dont faisait partie celle dont l'accusé avait été déclaré coupable, la Cour d'appel ne pouvait pas invoquer les dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii).

... l'insertion des mots «le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable», au sous-al. 613(1)b)(iv), nous amène à conclure sans hésitation que la nouvelle disposition avait pour objet d'habiliter la Cour d'appel à rejeter l'appel si un tribunal de première instance était compétent, mais avait perdu sa compétence par suite d'une irrégularité de procédure.

La Cour d'appel a résumé son raisonnement à la p. 48:

[TRADUCTION] ... il est nécessaire d'établir une distinction entre, premièrement, les erreurs de fond tel le cas où le tribunal serait incomptént à l'égard de la catégorie d'infractions reprochées et où il ne s'agirait pas du tout d'irrégularité de procédure, deuxièmement, les irrégularités de procédure assez peu importantes qui n'entraînent pas la perte de compétence du tribunal de première instance et troisièmement, les irrégularités de procédure dont la gravité est telle qu'elles sont assimilées à des erreurs de fond qui entraînent la perte de compétence.

... il ressort à l'évidence du libellé du sous-al. 613(1)b)(iv) que ses dispositions réparatrices ne s'appliquent pas au premier type d'erreur. Il est tout aussi évident que ses dispositions réparatrices s'appliquent au deuxième type d'erreur ou d'irrégularité, mais ce type d'erreur est visé par le sous-al. 613(1)b)(iii). Il ne servirait à rien d'édicter le sous-al. 613(1)b)(iv) à cette fin.

... les dispositions réparatrices s'appliquent au troisième type d'erreur ou d'irrégularité. Le troisième type d'irrégularité de procédure doit être assez grave pour être tenu pour fondamental et pour entraîner la perte de compétence, mais il n'en reste pas moins qu'il a son origine dans une irrégularité de procédure au procès.

Je souscris à cette interprétation du sous-al. 686(1)b)(iv) du *Code*. Le législateur avait nettement l'intention de limiter aux cas où il y a eu préjudice envers l'accusé, les annulations fondées sur un motif ressortissant à la compétence, à la condition que le tribunal ait été compétent à l'égard de la catégorie d'infractions en question. En l'espèce, la Cour de district de l'Ontario était compétente à l'égard de l'infraction reprochée à l'accusé et, par conséquent, l'erreur du juge du procès rentrerait

the Ontario Court of Appeal in *Cloutier, supra*. The error could be cured if the Court found there was no prejudice to the accused.

There is one further aspect, however, that justifies annulling the trial, and the Court of Appeal rightly distinguished its *Cloutier* decision, *supra*, on this basis. Section 686(1)(b)(iv) speaks of a "trial court". A trial court, for indictable offences, is defined at s. 471 of the *Code* (R.S.C., 1985, c. C-46):

471. Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury.

This definition is repeated in s. 536(2) of the *Code*, in the address to the accused for his election.

As can be seen from s. 471 of the *Code*, a jury is more than an incident or a procedural tool in a trial case. The jury is the court, together with the trial judge. If the jury is not constituted according to the rules, the court exists no more than if the judge had been unlawfully appointed. In the case at bar, the problem is not one of application of the jury selection rules, which could have been saved by s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. The rules were changed. The jury was selected pursuant to other rules than those set out in the *Code*. There was therefore no trial court properly constituted, and the appropriate sanction is annulment.

This holding does not detract from the classification proposed in *Cloutier, supra*. In order for the saving provisions of s. 686(1)(b)(iv) of the *Code* to find application, not only must the court have jurisdiction over the class of offence, but it must also be a court within the meaning of the *Code*. Any failure with respect to these conditions constitutes an error falling in the first category outlined in *Cloutier, supra*.

The trial was therefore null.

dans la troisième catégorie établie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cloutier*, précité. L'erreur pouvait être corrigée si la Cour concluait qu'aucun préjudice n'avait été causé à l'accusé.

Il reste cependant un aspect qui justifie l'annulation du procès et la Cour d'appel a, à bon droit, estimé qu'une différence séparait, sous ce rapport, l'espèce et l'arrêt *Cloutier*, précité. Au sous-al. 686(1)b)(iv), il est fait mention du «tribunal de première instance». Le tribunal, dans le cas des actes criminels, est défini à l'art. 471 du *Code* (R.C.S., 1985, ch. C-46):

471. Sauf disposition expressément contraire de la loi, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury.

Cette définition est répétée au par. 536(2) du *Code*, dans le texte que lit le juge à l'accusé pour l'appeler à faire son choix.

Comme l'indique l'art. 471 du *Code*, le jury est plus qu'un incident ou un moyen de procédure dans un procès pénal. Le jury et le juge sont le tribunal. Si le jury n'est pas constitué selon les règles, le tribunal n'existe pas plus que si le juge avait été désigné illégalement. En l'espèce, ce qui fait problème, ce n'est pas l'application des règles de sélection des jurés: si c'était le cas, le sous-al. 686(1)b)(iv) pourrait servir à corriger l'erreur. Les règles ont été modifiées. Les jurés ont été sélectionnés selon d'autres règles que celles énoncées dans le *Code*. Il n'y avait donc pas de tribunal constitué régulièrement et la sanction convenable est l'annulation.

Cette conclusion ne s'écarte pas de la classification proposée dans l'arrêt *Cloutier*, précité. Pour que les dispositions du sous-al. 686(1)b)(iv) du *Code* soient applicables, il faut non seulement que le tribunal ait été compétent à l'égard de la catégorie d'infractions, mais encore qu'il ait été un tribunal au sens du *Code*. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il y a une erreur qui rentre dans la première catégorie établie dans l'arrêt *Cloutier*, précité.

Le procès était donc nul.

III—Section 10(b) of the Charter

This issue is better left to the determination of the judge that will hear the new trial in this case. I nevertheless agree with Stevenson J. that the trial judge was in a better position to rule on the admissibility of the statements, that the Court of Appeal should not have interfered with his determination and that the issue under his disposition of the appeal is moot as to the statement which was admitted.

IV—Answers

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563], inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Section 634(1) and (2) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 563(1) and (2)) of the *Criminal Code* are not inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The allegation of a violation of s. 15 of the *Charter* was abandoned. Sections 633 and 634(3) of the *Criminal Code* (formerly ss. 562 and 563(3)) were not challenged.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. This question does not arise.

V—Conclusion

The trial judge erred in restricting the number of peremptory challenges to four for each side and in depriving the Crown of its right to stand by jurors. I would therefore dismiss the appeal and maintain the setting aside of the acquittal of the appellant and the direction that a new trial be held.

III—L'alinéa 10b) de la Charte

Il appartient au juge qui présidera le nouveau procès de trancher cette question. Je conviens cependant avec le juge Stevenson que le juge du procès était mieux placé pour statuer sur l'admissibilité des déclarations, que la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir pour changer sa décision et que, compte tenu de sa décision, la question est théorique pour ce qui est de la déclaration qui a été utilisée.

IV—Réponses

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Les paragraphes 634(1) et (2) (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 563(1) et (2)) du *Code criminel* ne sont pas incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'allégation de violation de l'art. 15 de la *Charte* a été abandonnée. L'article 633 et le par. 634(3) (auparavant art. 562 et par. 563(3)) du *Code criminel* n'ont pas été contestés.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Cette question est sans objet.

V—Conclusion

Le juge du procès a commis une erreur en limitant le nombre de récusions péremptoires à quatre pour chaque partie et en privant le ministère public de son droit de demander à des jurés de se tenir à l'écart. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'annulation de l'acquittement de l'appelant, ainsi que de l'ordonnance portant qu'il doit y avoir un nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—This case concerns the constitutional validity of the jury selection process contained in s. 563 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634). At issue is whether this process, which grants the Crown 48 stand bys and four peremptory challenges while the accused's being allowed only four, 12 or 20 peremptory challenges, infringes the accused's right to be tried by an independent and impartial jury as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Also in issue is the admissibility of certain of the appellant's statements allegedly taken in violation of his right to counsel.

Facts

The appellant was charged with sexual assault pursuant to s. 246.1 (now s. 271) of the *Criminal Code*. The charge arises from an incident which occurred in the early morning hours of December 1, 1984.

The appellant was arrested later that day. Two police officers attended at his home where he resided with his parents. Upon arrest, the appellant was informed of his right to counsel. Immediately after this, his father, Mr. Bain, told him not to say anything until he had seen a lawyer. While his son got dressed in preparation to accompany the police, Mr. Bain, with the help of one of the police officers, attempted to retain a lawyer by looking through the Yellow Pages. After being unsuccessful with two or three numbers, the police officer gave him a business card with his telephone number on it. He told Mr. Bain that when a lawyer had been retained, the lawyer should call the officer at the number on the card. The appellant then left with the officers.

After both officers returned to the car, they drove off with the appellant and parked down the street. The police officers updated their notebooks and were discussing between themselves what had occurred in the house. According to one of the

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON—La présente affaire porte sur la constitutionnalité du processus de sélection des jurés prévu à l'art. 563 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634). Il s'agit de savoir si ce processus, qui donne au ministère public le droit d'ordonner la mise à l'écart de 48 jurés et lui accorde quatre récusations péremptoires alors que l'accusé n'a droit qu'à quatre, 12 ou 20 récusations péremptoires, enfreint le droit de l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Est aussi contestée l'admissibilité de certaines des déclarations de l'appelant qui auraient été obtenues en violation de son droit à l'assistance d'un avocat.

d Les faits

L'appelant a été accusé d'agression sexuelle sous le régime de l'art. 246.1 (maintenant art. 271) du *Code criminel*. L'accusation découle d'un incident survenu au cours des premières heures du matin, le 1^{er} décembre 1984.

L'appelant a été arrêté plus tard le même jour. Deux policiers se sont rendus à sa demeure, où il résidait avec ses parents. Lors de son arrestation, l'appelant a été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat. Immédiatement après, son père, M. Bain, lui a dit de ne pas parler avant d'avoir vu un avocat. Pendant que son fils s'habillait pour se préparer à accompagner les policiers, M. Bain, avec l'assistance de l'un des policiers, a tenté de retenir les services d'un avocat en consultant les pages jaunes. Après qu'il eût appelé sans succès deux ou trois numéros, le policier lui a remis une carte d'affaires portant son numéro de téléphone. Il a dit à M. Bain qu'une fois les services d'un avocat retenus, ce dernier devrait l'appeler au numéro figurant sur la carte. L'appelant est alors parti en compagnie des policiers.

Après que les policiers eurent regagné leur voiture, ils sont partis avec l'appelant et ils ont stationné plus loin dans la rue. Les policiers ont mis leurs notes à jour et ils ont discuté entre eux de ce qui s'était passé à la demeure de l'appelant. Selon

officer's (McIntyre) testimony in chief, the appellant initiated an inculpatory conversation.

During his testimony on the *voir dire*, the appellant denied making some of these statements; in particular, he denied making the inculpatory admissions.

Upon arrival at the police station, the appellant was placed alone in an interview room. About 25 minutes later, a lawyer who had been retained by Mr. Bain called for the police officer. McIntyre returned the telephone call 10 minutes later. The lawyer told McIntyre that he had been retained by the appellant's parents on behalf of the appellant. McIntyre informed the lawyer of the circumstances of the investigation and of the alleged sexual assault and told the lawyer that the appellant would probably be released later that day. The lawyer could not attend at the police station that day so he simply told McIntyre not to take any statement from the appellant until he, the lawyer, was present. On the stand, the lawyer could not remember whether he had asked to speak to the appellant.

Following this telephone conversation, McIntyre (and another officer, Chisholm) went into the interview room with the appellant. According to the appellant's testimony, he asked whether his father had called. McIntyre told him that his father had not called. The appellant said that he wanted to contact his father to find out if his father had retained a lawyer. McIntyre told the appellant that he could call his father later. At no time did McIntyre tell the appellant about the telephone call from the lawyer. The police officers initiated an interrogation of the appellant.

The appellant told the officers that he was very impaired the previous night due to the intake of a considerable amount of alcohol as well as one "hit" of L.S.D. The officers then questioned the appellant about his prior relationship with the complainant. He was also questioned about his interaction with the complainant on the night in question.

On April 21, 1987, the appellant was tried before a judge and jury in Brampton, Ontario, on a

le témoignage principal de l'un d'eux (McIntyre), l'appelant a engagé une conversation inculpatoire.

Au cours de son témoignage lors du *voir-dire*, l'appelant a nié avoir fait certaines de ces déclarations; il a nié, en particulier, avoir fait les aveux inculpatoires.

À son arrivée au poste de police, l'appelant a été placé seul dans une salle d'interrogatoire. Environ 25 minutes plus tard, un avocat dont les services avaient été retenus par M. Bain a appelé le policier. McIntyre a rappelé l'avocat dix minutes plus tard; celui-ci lui a dit que ses services avaient été retenus par les parents de l'appelant pour le compte de ce dernier. McIntyre a mis l'avocat au courant des circonstances de l'enquête et de l'agression sexuelle alléguée, et il a dit à l'avocat que l'appelant serait probablement remis en liberté plus tard dans la journée. Comme l'avocat ne pouvait pas se rendre au poste de police ce jour-là, il a simplement dit à McIntyre de ne prendre aucune déclaration de l'appelant tant que lui, l'avocat, ne serait pas présent. À la barre, l'avocat ne se souvenait pas s'il avait demandé à parler à l'appelant.

Après cette conversation téléphonique, McIntyre (et un autre policier, Chisholm) s'est rendu dans la salle d'interrogatoire avec l'appelant qui, selon son témoignage, a demandé si son père avait appelé. McIntyre lui a répondu que son père n'avait pas appelé. L'appelant a dit qu'il voulait rejoindre son père pour lui demander s'il avait retenu les services d'un avocat. McIntyre a dit à l'appelant qu'il pourrait téléphoner à son père plus tard. McIntyre n'a jamais parlé à l'appelant de l'appel téléphonique de l'avocat. Les policiers ont alors commencé l'interrogatoire.

L'appelant a dit aux policiers que ses facultés étaient très amoindries la nuit précédente en raison de la consommation d'une quantité considérable d'alcool ainsi que d'une «dose» de LSD. Les policiers l'ont alors questionné au sujet de ses relations antérieures avec la plaignante, ainsi que sur ses rapports avec elle la nuit en cause.

Le 21 avril 1987, l'appelant a subi son procès devant un juge et un jury à Brampton (Ontario),

charge of sexual assault. Following arraignment, but before the first prospective juror was asked to step forward, appellant's counsel sought a ruling that both the Crown and the defence each be limited to four peremptory challenges and that the Crown be denied the power to stand jurors by. The trial judge made the requested ruling based on his own holdings to the same effect in other cases. He considered himself bound by his own ruling "until the Court of Appeal rules otherwise". The Crown's objection was noted. The jurors were then selected with both the defence and the Crown exercising their four peremptory challenges.

Following a 14-day trial, the jury acquitted the appellant. On January 31, 1989, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal ((1989), 47 C.C.C. (3d) 250) and ordered a new trial. The appellant appeals to the Supreme Court of Canada as of right.

Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

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;

sur une accusation d'agression sexuelle. Après l'interpellation, mais avant que l'on ait demandé au premier candidat juré de s'avancer, l'avocat de l'appelant a demandé au juge du procès de statuer que le ministère public et la défense devaient tous deux s'en tenir à quatre récusations péremptoires et que le ministère public n'avait pas droit aux mises à l'écart de jurés. Le juge du procès en a statué ainsi, en se fondant sur ses propres décisions en ce sens dans d'autres affaires. Il se considérait lié par ses propres décisions [TRADUCTION] «jusqu'à décision contraire de la Cour d'appel». On a pris note des objections du ministère public. Les jurés ont alors été choisis, la défense aussi bien que le ministère public exerçant leur droit à quatre récusations péremptoires.

Après un procès de quatorze jours, le jury a acquitté l'appelant. Le 31 janvier 1989, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public ((1989), 47 C.C.C. (3d) 250), et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'appelant se pourvoit de plein droit auprès de la Cour suprême du Canada.

Les dispositions législatives pertinentes

La Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

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;

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34

562. (1) An accused who is charged with high treason or first degree murder is entitled to challenge twenty jurors peremptorily.

(2) An accused who is charged with an offence, not being high treason or first degree murder, for which he may be sentenced to imprisonment for more than five years is entitled to challenge twelve jurors peremptorily.

(3) An accused who is charged with an offence that is not referred to in subsection (1) or (2) is entitled to challenge four jurors peremptorily.

563. (1) The prosecutor is entitled to challenge four jurors peremptorily, and may direct any number of jurors who are not challenged peremptorily by the accused to stand by until all the jurors have been called who are available for the purpose of trying the indictment.

(2) Notwithstanding subsection (1), the prosecutor may not direct more than forty-eight jurors to stand by unless the presiding judge for special cause to be shown, so orders.

(3) The accused may be called upon to declare whether he challenges a juror peremptorily or for cause before the prosecutor is called upon to declare whether he requires the juror to stand by, or challenges him peremptorily or for cause.

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

(a) the name of a juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to,

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

(c) a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months,

(d) a juror is an alien,

(e) a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror, or

(f) a juror does not speak the official language of Canada that is the language of the accused

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

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34

562. (1) L'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a le droit de récuser péremptoirement vingt jurés.

(2) L'accusé inculpé d'une infraction autre que la haute trahison ou le meurtre au premier degré et punissable d'un emprisonnement d'au moins cinq ans a le droit de récuser péremptoirement douze jurés.

(3) Un accusé inculpé d'une infraction non mentionnée au paragraphe (1) ou (2) a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés.

563. (1) Le poursuivant a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés et peut ordonner à un nombre quelconque de jurés, non péremptoirement récusés par l'accusé, de se tenir à l'écart jusqu'à ce que tous les jurés disponibles pour l'instruction de l'acte d'accusation aient été appelés.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), le poursuivant ne peut ordonner la mise à l'écart de plus de quarante-huit jurés, à moins que, pour un motif spécial à démontrer, le juge qui préside ne l'ordonne.

(3) L'accusé peut être appelé à déclarer s'il récuse un juré péremptoirement ou pour cause, avant que le poursuivant soit appelé à déclarer s'il exige que le juré se tienne à l'écart, ou s'il le récuse péremptoirement ou pour cause.

567. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour le motif

a) que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, mais aucune erreur de nom ou de désignation ne doit être un motif de récusation lorsque la cour est d'avis que la description portée sur la liste désigne suffisamment la personne en question,

b) qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé,

c) qu'un juré a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois,

d) qu'un juré est un étranger,

e) qu'un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré, ou

f) qu'un juré ne parle pas la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé

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

570. (1) Where, as a result of challenges and directions to stand by, a full jury has not been sworn and no names remain to be called, the names of those who have been directed to stand by shall be called again in the order in which their names were drawn and they shall be sworn, unless challenged by the accused, or unless the prosecutor challenges them or shows cause why they should not be sworn.

(2) Where, before a juror is sworn pursuant to subsection (1), other jurors in the panel become available, the prosecutor may require the names of those jurors to be put into and drawn from the box in accordance with section 560, and those jurors shall be challenged, ordered to stand by or sworn, as the case may be, before the names of the jurors who were originally ordered to stand by are called again.

Judgments

Voir Dire—District Court (Kent Dist. Ct. J.) (1987), 30 C.R.R. 75

On the *voir dire* held to determine the admissibility of the utterances made by appellant to the police, the trial judge held that only those statements made before McIntyre's conversation with appellant's lawyer were admissible. The police officer knew that counsel had been retained for the appellant as a result of his discussion with the lawyer. The trial judge found failure of the police to communicate to the appellant the fact that counsel had been retained to be contrary to the spirit of the judgment in *R. v. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229, *per* Dupont J. In his opinion, at p. 78:

The police effectively foreclosed any opportunity that the accused had to consult with counsel retained for him before his interview, by not advising the accused that the lawyer retained for him by his family was on the telephone. Surely that opportunity should not be determined by the retaining of counsel who knows what specific question to ask an investigating officer.

The fact that the accused was a "young offender" facing an extremely serious criminal charge was significant to the trial judge and constituted special circumstances. Further, the judge noted at p. 78:

570. (1) Lorsque, à la suite des récusions et des ordres de se tenir à l'écart, un jury complet n'a pas été assermenté et qu'il ne reste plus de noms à appeler, les noms de ceux à qui il a été ordonné de se tenir à l'écart sont de nouveau appelés suivant l'ordre dans lequel ils ont été tirés; et ces jurés sont assermentés, à moins d'être récusés par le prévenu ou à moins que le poursuivant ne les récuse ou ne démontre pourquoi ils ne devraient pas être assermentés.

(2) Si, avant qu'un juré soit assermenté selon le paragraphe (1), d'autres jurés figurant sur la liste deviennent disponibles, le poursuivant peut demander que les noms de ces jurés soient déposés dans la boîte et en soient tirés selon que le prévoit l'article 560, et ces jurés sont récusés, mis à l'écart ou assermentés, selon le cas, avant que les noms des jurés mis à l'écart en premier lieu soient appelés de nouveau.

Les jugements

Le voir-dire—Cour de district (le juge Kent) (1987), 30 C.R.R. 75

En ce qui concerne le voir-dire tenu pour déterminer la recevabilité des propos que l'accusé a tenus devant la police, le juge du procès a statué que seules les déclarations faites avant la conversation de McIntyre avec l'avocat de l'appelant étaient recevables. Le policier savait, à la suite de la conversation qu'il avait eue avec l'avocat, que les services d'un avocat avaient été retenus pour l'appelant. Le juge du procès a conclu que l'omission de la police d'en aviser l'appelant était contraire à l'esprit de l'arrêt *R. c. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229, le juge Dupont. À son avis, à la p. 78:

[TRADUCTION] La police a effectivement retiré à l'accusé toute possibilité de consulter l'avocat dont les services avaient été retenus pour lui avant son interrogatoire, en ne l'avisant pas que l'avocat que sa famille avait retenu était au téléphone. Assurément, cette possibilité ne devrait pas être déterminée par la constitution d'un avocat qui sait quelle question précise demander à un policier enquêteur.

Le fait que l'accusé était un «jeune contrevenant» accusé d'un acte criminel extrêmement grave était important pour le juge du procès et constituait des circonstances particulières. Le juge a noté plus loin, à la p. 78:

Surely, to suggest that no obligation arises on the part of the investigating officer merely because the family-retained lawyer does not make a request in the specific words that the officer is listening for does not change the picture. Certainly it does not place too high an obligation on the police to pass on to a young alleged offender facing a very serious charge the fact that his father has made a lawyer available for him, as he promised when the accused was removed from his home.

[TRADUCTION] Il va sans dire que prétendre qu'aucune obligation n'est imposée à l'agent enquêteur simplement parce que l'avocat dont les services ont été retenus par la famille de l'accusé n'a pas fait une demande en utilisant précisément la formule qu'attendait l'agent, ne change rien à l'affaire. Ce n'est certes pas imposer à la police une obligation trop lourde que de s'attendre à ce qu'elle avise un présumé jeune contrevenant faisant l'objet d'une très grave accusation que son père a retenu pour lui les services d'un avocat comme il avait promis de le faire lorsque l'accusé a été arrêté à son domicile.

For those reasons, the judge held that the appellant's right to counsel had been breached by the investigating officer. Before continuing, he noted that the oral utterances by the appellant were made freely and voluntarily.

Pour ces motifs, le juge a statué que l'agent enquêteur avait violé le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat. Avant de poursuivre, il a noté que les déclarations orales de l'appelant avaient été faites librement et spontanément.

He then turned to consider whether the statements should be excluded. The trial judge concluded, at p. 79, that "a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances of this case" would probably conclude that the admission of the appellant's statements made after the officer was aware that counsel had been retained for the appellant would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, all the utterances made by the appellant after the telephone call were held to be inadmissible.

Il s'est ensuite demandé si les déclarations devraient être écartées. Le juge du procès a conclu, à la p. 79, qu'[TRADUCTION] «une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances de l'affaire» conclurait probablement que l'utilisation des déclarations que l'appelant a faites après que l'agent eût appris que les services d'un avocat avaient été retenus pour l'appelant était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Conséquemment, toutes les déclarations de l'appelant après l'appel téléphonique de son avocat ont été déclarées irrecevables.

Ontario Court of Appeal (Dubin A.C.J.O., Zuber and Finlayson J.J.A.) (1989), 47 C.C.C. (3d) 250

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Dubin, juge en chef adjoint de l'Ontario, et les juges Zuber et Finlayson) (1989), 47 C.C.C. (3d) 250

Writing the judgment of the Court, Finlayson J.A. first considered whether the trial judge erred in ordering that both the Crown and the appellant were to have an equal number of peremptory challenges with no power to the Crown to stand jurors aside as permitted in the *Criminal Code*. In his view, the trial judge clearly erred. Relying on *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, and *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (both decisions of the Ontario Court of Appeal), he held that the jury selection procedure does not infringe ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Le juge Finlayson, qui rédigeait le jugement de la cour, s'est tout d'abord demandé si le juge du procès avait commis une erreur en ordonnant que le ministère public et l'appelant aient droit à un nombre égal de récusations péremptoires sans que le ministère public ait le droit à la mise à l'écart de jurés prévu au *Code criminel*. À son avis, le juge du procès a clairement commis une erreur. En se fondant sur les arrêts *R. c. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, et *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (deux décisions de la Cour d'appel de l'Ontario), il a statué que le processus de sélection du jury ne viole pas les art. 7, 15 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Relying on *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, Finlayson J.A. held that the failure to follow the jury selection process in the *Criminal Code* is fatal to the jurisdiction of the trial court and could not be cured by invoking s. 613(1)(b)(iv) (now s. 686(1)(b)(iv)) of the *Criminal Code*. Finlayson J.A. held there must be a new trial on that basis alone.

Se fondant sur l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, le juge Finlayson a conclu que le défaut par le juge du procès de suivre le processus de sélection du jury prévu au *Code criminel* portait un coup fatal à la compétence du tribunal de première instance et ne pouvait se justifier en vertu du sous-al. 613(1)b(iv) (maintenant sous-al. 686(1)b(iv)) du *Code criminel*. Le juge Finlayson a conclu que ce fait seul imposait la tenue d'un nouveau procès.

He then considered the admissibility of the appellant's utterances. He did not think there would be any helpful information given to the appellant had the officer relayed to him the fact that his lawyer called since the lawyer did not ask to speak to him or to pass on any message. Relying on *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354, Finlayson J.A. concluded that the trial judge erred in his ruling on the admissibility of the utterances. He noted that there was to be a new trial on the jury selection issue and that it is open for the trial judge to take a different view of the evidence. In Finlayson J.A.'s opinion, however, based on Kent Dist. Ct. J.'s own findings of fact, Kent Dist. Ct. J. was in error. Finlayson J. A. noted at p. 257:

Il a ensuite examiné la recevabilité des déclarations de l'appelant. Il ne croyait pas que celui-ci aurait reçu des renseignements utiles si l'agent l'avait avisé de l'appel de son avocat puisque ce dernier n'avait pas demandé à lui parler ni à lui transmettre un message. En s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354, le juge Finlayson a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa décision sur la recevabilité des déclarations de l'appelant. Il a souligné qu'il devait y avoir un nouveau procès sur la question de la sélection du jury, et qu'il était loisible au juge du procès de former une opinion différente à l'égard de la preuve. De l'avis du juge Finlayson, cependant, selon les propres conclusions de fait du juge Kent de la Cour de district, celui-ci avait tort. Le juge Finlayson a remarqué, à la p. 257:

... it is my view that he was in error in fixing the police officer with the responsibility of doing more than answer literally the question put to him by Bain. He was not obliged to volunteer additional information. Bain was entitled under s. 10(b) of the Charter to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay. That was done. In this case, on the evidence, Detective McIntyre went further and assisted Bain's father in finding a lawyer in the yellow pages of the telephone book.

The detective knew that [counsel] had been retained but he also knew that the solicitor did not propose to come to the police station and had not asked to speak to his client over the telephone. He received no indication of when, if ever, Mr. Munroe was prepared to give legal advice to his client. Surely this is not enough to bring the police investigation to a dead halt or even deflect their attention from a proper questioning of the respondent

[TRADUCTION] ... j'estime qu'il a commis une erreur en attribuant au policier l'obligation de faire plus que de répondre littéralement à la question que lui posait Bain. Il n'était pas tenu de donner des renseignements supplémentaires. Bain avait le droit en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Cela a été fait. En l'espèce, d'après la preuve, le détective McIntyre est allé plus loin et il a aidé le père de Bain à chercher un avocat à l'aide des pages jaunes de l'annuaire téléphonique.

Le détective savait que les services [d'un avocat] avaient été retenus, mais il savait aussi que ce dernier n'avait pas l'intention de se rendre au poste de police et qu'il n'avait pas demandé à parler à son client au téléphone. Il n'a reçu aucune précision quant au moment où M. Munroe serait disposé, le cas échéant, à donner des avis juridiques à son client. Cela ne suffit sûrement pas à arrêter complètement l'enquête de la police ni même à l'empêcher d'interroger régulièrement l'intimé ...

The appeal was allowed and a new trial directed.

L'appel a été accueilli et la tenue un nouveau procès a été ordonné.

Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated on June 7, 1989:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., b 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563] inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? d

Issues

Although other provisions and issues were discussed, this case is to be resolved by addressing the following questions:

1. Is s. 562 (now s. 634) of the *Criminal Code* inconsistent with s. 11(d)? f
2. If so, is it saved by s. 1? g
3. Did the trial judge err in excluding the statements made after the lawyer retained by the father telephoned the police and the appellant inquired whether his father had telephoned? h

Also argued before this Court and below, was whether s. 686(1)(b)(iv) (formerly s. 613(1)(b)(iv)) of the *Criminal Code* could be applied to cure a loss of jurisdiction resulting from the failure of the trial judge to observe s. 563 of the *Code*. As a result of my conclusion on the first issue, I need not address that question. j

Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 7 juin 1989:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les points en litige

Bien que d'autres dispositions et d'autres questions aient été examinées, la détermination de la présente affaire repose sur les questions suivantes:

1. L'article 562 (maintenant art. 634) du *Code criminel* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*?
2. Si tel est le cas, se justifie-t-il en vertu de l'article premier?
3. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant les déclarations faites après que l'avocat dont le père avait retenu les services eût appelé la police et que l'appelant eût demandé si son père avait téléphoné?

On a aussi débattu devant notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure la question de savoir si le sous-al. 686(1)b(iv) (auparavant 613(1)b(iv)) du *Code criminel* pouvait s'appliquer pour obvier à la perte de compétence consécutive au défaut par le juge du procès de respecter l'art. 563 du *Code*. Vu ma conclusion à l'égard de la première question, je n'ai pas à me pencher sur ce point.

Analysis1. *Section 11(d) of the Charter*

The independence and impartiality of the tribunal by which an accused person is tried is a central feature of our criminal law that has long been recognized. The importance of this right is illustrated by its entrenchment in s. 11(d) of the *Charter*. The appellant argues that the system of selecting jurors contained within the *Criminal Code* impairs the appearance of impartiality and is therefore unconstitutional. The appellant's argument is directed at the disproportionate powers the Crown and the accused have to remove potential jurors from the selection process.

The *Criminal Code* sets out the following procedures. Each party is allowed unlimited challenges for cause and s. 567 (now s. 638) of the *Criminal Code* specifies the grounds upon which this can be done. Additionally, each party is allowed to exercise peremptory challenges. A peremptory challenge allows a party to dismiss a person from serving on the jury without providing a reason. The Crown is allotted four such challenges. If charged with murder or high treason, the accused is allowed 20 peremptory challenges. For other offences for which the accused may be sentenced to more than five years' imprisonment the accused receives 12 peremptory challenges. For all other offences, the accused is allowed four peremptory challenges.

In addition to these challenges, however, the Crown is allowed to stand by up to 48 potential jurors under s. 563 (now s. 634). Theoretically the stand by is different from a peremptory challenge. Rather than dismissing the potential juror using a peremptory challenge or challenging for cause, the person is asked to stand by. The following description of the nature of the stand by from *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407, is apt. Chief Justice Ritchie explained at p. 421:

... after giving the crown in all criminal trials four peremptory challenges it [the legislation] declares that this shall not be construed to affect the right of the crown to cause any juror to stand aside until the panel has been

L'analyse1. *L'alinéa 11d) de la Charte*

a L'indépendance et l'impartialité du tribunal qui juge l'accusé sont des caractéristiques essentielles de notre droit criminel reconnues depuis longtemps. Leur importance est illustrée par leur consécration à l'al. 11d) de la *Charte*. L'appelant fait valoir que le système de sélection des jurés prévu au *Code criminel* nuit à l'apparence d'impartialité et qu'il est par conséquent inconstitutionnel. Le moyen de l'appelant vise les pouvoirs disproportionnés qu'ont le ministère public et l'accusé d'écartier des candidats jurés du processus de sélection.

d Le *Code criminel* prévoit la procédure suivante. Chaque partie a droit à un nombre illimité de récusations motivées, et l'art. 567 (maintenant art. 638) du *Code criminel* précise les motifs de récusation. En outre, chaque partie a droit à des récusations péremptoires, qui permettent à la partie qui s'en prévaut de récuser des candidats jurés sans fournir de motif. Le ministère public a droit à quatre de ces récusations. L'accusé inculpé de meurtre ou de haute trahison a le droit de récuser péremptoirement 20 jurés. L'accusé inculpé d'autres infractions punissables d'un emprisonnement d'au moins cinq ans a le droit de récuser péremptoirement 12 jurés. À l'égard de toutes les autres infractions, l'accusé a droit à quatre récusations péremptoires.

g

i En plus de ces récusations, cependant, le ministère public peut, en vertu de l'art. 563 (maintenant art. 634), ordonner à jusqu'à 48 candidats jurés de se tenir à l'écart. En théorie, la mise à l'écart est différente de la récusation péremptoire. En effet, plutôt que d'écartier le candidat juré au moyen d'une récusation péremptoire ou motivée, on lui demande de se tenir à l'écart. On trouve dans l'arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, une bonne description de la nature de la mise à l'écart. Le juge en chef Ritchie explique à la p. 421:

[TRADUCTION] ... après avoir accordé à la Couronne dans tous les procès criminels quatre récusations péremptoires, elle [la loi] précise que cela ne doit pas s'interpréter comme touchant le droit de la Couronne

gone through or to challenge any number of jurors for cause. . . . the panel shall be gone through, or perused as it is termed, once on which calling or perusal it was the privilege of the crown to require jurors to stand aside until the list shall be gone through. Having been gone through and a jury not secured the clerk proceeds to go over the panel a second time when the right of the crown to require jurors to stand aside ceased, and the crown was bound, if its officers sought to perfect its challenge, to do so by showing some good and sufficient cause or to challenge peremptorily if the peremptory challenges were not exhausted.

The accused does not have this right to stand by jurors. It is this asymmetry that the appellant alleges which produces the appearance of partiality sufficient to amount to an infringement of the *Charter*.

The Appropriate Test

As a starting point, s. 11(d) of the *Charter* requires that an accused person receive a fair trial by an independent and impartial tribunal. The test for that requirement was set out by Justice Le Dain in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, which has most recently been approved by this Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114. Although those cases focused on judicial independence, the test applies to impartiality as well. Le Dain J. framed the test as follows, at p. 689:

... I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its ineffective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception.

It is clear from this passage that it is not necessary to find that juries are actually partial before an

d'ordonner à un juré de se tenir à l'écart jusqu'à ce que le tableau soit épuisé, ou de récuser un nombre quelconque de jurés en précisant le motif [...] la liste des jurés doit être épuisée, ou il doit y avoir appel de cette liste, comme l'on dit, et au cours de cet appel la Couronne avait le privilège d'ordonner à des jurés de se tenir à l'écart jusqu'à l'appel complet de la liste. Si un jury n'était pas alors constitué, le greffier procédait à l'appel du jury une seconde fois, alors que cessait le droit de la Couronne d'ordonner à des jurés de se tenir à l'écart; elle était ensuite tenue, si ses représentants persistaient à obtenir la récusation, d'y arriver en démontrant un motif suffisant ou en recourant à la récusation péremptoire si ce recours n'était pas épuisé.

L'accusé n'a pas ce droit de mises à l'écart de jurés. C'est cette inégalité qui, selon l'appelant, donne une apparence de partialité suffisante pour emporter une violation de la *Charte*.

Le critère approprié

Tout d'abord, l'al. 11d) de la *Charte* exige que l'accusé soit jugé par un tribunal indépendant et impartial au cours d'un procès équitable. Le critère applicable à cette exigence a été exposé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, que notre Cour a tout récemment approuvé dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Bien que ces arrêts aient visé l'indépendance judiciaire, le critère en cause s'applique aussi à l'impartialité. Le juge Le Dain a formulé ce critère comme suit, à la p. 689:

... il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception ...

Il ressort clairement de ce passage qu'il n'est pas nécessaire de conclure à la partialité réelle

infringement of the *Charter* is found. The informed observer's perception that the system of selecting jurors impairs impartiality is sufficient. If one party enjoys a greater influence, the observer need only have a reasonable apprehension of partiality. This accords with Le Dain J.'s reference to de Grandpré J.'s comments from *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R 369. At page 684 of *Valente, supra*, Le Dain J. reproduced de Grandpré J.'s comments at p. 394:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude...."

Application of the Test

In my view, the disparity between the accused's and the Crown's right to challenge jurors cannot meet the test from *Valente*. Briefly the stand by cannot be upheld because the Crown is allowed to have a greater role in fashioning the jury. It may take partisan interests into consideration in carrying out that role. The accused's role in selecting his or her jury of peers is thereby significantly diminished, impairing the appearance that the jury is indifferent as between the Crown and the accused. This offends the *Charter* because the appearance of impartiality is an essential element of the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

I base my conclusions on the ground that the substantial disparity contained in this legislation exists not in a mere procedure or rule but in the role each party has in choosing the jury by which the accused will be tried.

d'un jury pour qu'il y ait violation de la *Charte*. Il suffit que l'observateur bien renseigné ait l'impression que le système de sélection du jury porte atteinte à l'impartialité. Si l'une des parties a une plus grande influence, il suffit que l'observateur éprouve une crainte raisonnable de partialité. Cela concorde avec le renvoi qu'a fait le juge Le Dain aux remarques du juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. À la p. 684 de l'arrêt *Valente*, précité, le juge Le Dain reproduit les remarques du juge de Grandpré, à la p. 394:

c. ... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ...»

L'application du critère

À mon avis, la disparité entre le droit de l'accusé et celui du ministère public de récuser les jurés ne saurait satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Valente*. En résumé, la mise à l'écart ne peut être approuvée parce qu'elle permet au ministère public de jouer un plus grand rôle dans la constitution du jury. Celui-ci peut donner suite à des considérations partisanes dans l'exercice de ce rôle. Le rôle de l'accusé dans le choix de son jury se trouve donc considérablement amoindri, portant de la sorte atteinte à l'apparence d'impartialité du jury entre le ministère public et l'accusé. Cela est incompatible avec la *Charte* parce que l'apparence d'impartialité est un élément essentiel du droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

j. Je fonde mes conclusions sur le fait que la disparité considérable que comportent ces dispositions législatives existe non pas dans une simple procédure ou règle, mais dans le rôle que joue chaque partie dans le choix du jury par lequel l'accusé sera jugé.

Numerical Inequality

I turn first to the extensive discrepancy between the number of challenges afforded to the Crown and the accused. I emphasize that it is not merely the inequality of the position of the Crown and the accused that leads to an inference of the appearance of partiality. The Crown and the accused are never in a parallel position during the course of a trial. Indeed, there are many procedures, rules, and practices contained within the *Code* and the common law that detract from any symmetry between the Crown and the accused. There is necessarily a difference in the status and power of the Crown and the accused given the nature of their respective roles in a trial. I do not intend to cast doubt on that reality, but in this case, the substantial difference in the fundamental activity of choosing the jury demands explanation and justification.

I proceed upon the basis that the power to stand by jurors in many instances amounts to granting the Crown additional peremptory challenges. The appellant argued that the stand by was in fact tantamount to a peremptory challenge. Once a juror is stood by, that person will not be called again to sit on that jury unless the whole panel has been exhausted. In both written and oral argument the Crown made the important concession that in some cases the stand by does amount to a peremptory challenge. Once it is recognized that the stand by can and does in fact operate as a peremptory challenge, there can be no obvious justification for granting 52 peremptory challenges (in the form of stand bys and statutorily granted peremptory challenges) to the Crown where the accused only enjoys four, 12 or 20.

I recognize that in the case of multiple defendants, each accused is entitled to the same number of challenges as if the accused were being tried separately, whereas the Crown is limited to the amount specified in the *Code*. For instance, on a charge for murder where there are three defend-

L'inégalité numérique

Je me penche tout d'abord sur l'écart considérable entre le nombre de récusations offertes au ministère public et à l'accusé. Je souligne que ce n'est pas seulement l'inégalité entre la position du ministère public et celle de l'accusé qui donne lieu par inférence à une apparence de partialité. La situation du ministère public et celle de l'accusé n'est jamais égale au cours du procès. En effet, de nombreuses procédures, règles et pratiques du *Code* et de la common law empêchent toute symétrie entre le ministère public et l'accusé. Il existe nécessairement une différence entre la situation et les pouvoirs du ministère public et ceux de l'accusé, vu la nature de leurs rôles respectifs au cours d'un procès. Je n'entends pas mettre en doute cette réalité mais, en l'espèce, la différence considérable entre les deux parties dans l'activité fondamentale qu'est le choix du jury exige une explication aussi bien qu'une justification.

Je procède à l'étude de cette question en tenant pour acquis que le droit de mise à l'écart des jurés équivaut dans bien des cas à accorder au ministère public un nombre supplémentaire de récusations péremptoires. L'appelant a fait valoir que la mise à l'écart était de fait assimilable à la récusation péremptoire. Après qu'un juré est mis à l'écart, on ne lui demandera plus de servir de juré à moins que tout le tableau ne soit épousé. Aussi bien dans son mémoire que dans sa plaidoirie, le ministère public a concédé, ce qui n'est pas sans importance, que dans certains cas la mise à l'écart équivaut effectivement à la récusation péremptoire. Dès lors que l'on reconnaît que la mise à l'écart peut équivaloir et équivaut de fait à la récusation péremptoire, il ne saurait y avoir aucune justification évidente des 52 récusations accordées au ministère public (sous forme de mises à l'écart et de récusations péremptoires prévues par la loi) alors que l'accusé n'en a que quatre, 12 ou 20.

Je veux bien admettre que lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, chaque accusé a droit au même nombre de récusations que s'il était jugé séparément, alors que le ministère public est limité au nombre prévu au *Code*. Ainsi, lorsqu'une accusation de meurtre vise par exemple trois défendeurs, les

ants, the accused persons would have a total of 60 peremptory challenges whereas the Crown would be limited to a total of four peremptory and 48 stand bys. Similarly, if there are five or more co-defendants for any other offence which carries the possibility of more than five years' imprisonment, the Crown's number of peremptory challenges and stand bys would be equal or less than the total defence peremptory challenges. For offences not carrying more than five years liability of imprisonment, however, there would have to be 13 or more co-defendants before the Crown would have the equivalent or less combined stand by and peremptory challenges than the total of the accused persons' peremptory challenges.

The spectre of multiple defendants cannot justify conferring upon the Crown such a substantial advantage in the number of challenges. In most situations, the Crown enjoys far more peremptory challenges in the form of stand bys than the accused. The Crown does not have as strong a claim to the concept of challenge without cause as does the accused and there is no inherent reason why the Crown would need more (or perhaps even as many) challenges as the accused. In any event, I do not think the relative infrequency of the scenarios listed above can serve to justify the more common occurrence of the Crown's possessing a broad numerical advantage.

accusés ont droit à un total de 60 récusations péremptoires alors que le ministère public doit s'en tenir à un total de quatre récusations péremptoires et 48 mises à l'écart. De la même façon, si nous supposons que cinq codéfendeurs ou plus sont accusés d'une infraction punissable d'un emprisonnement de plus de cinq ans, le nombre de récusations péremptoires et de mises à l'écart auquel a droit le ministère public est égal ou inférieur au nombre total de récusations péremptoires accordé à la défense. Toutefois, en ce qui concerne les infractions qui ne sont pas punissables d'un emprisonnement de plus de cinq ans, il devrait y avoir 13 codéfendeurs ou plus pour que le nombre de mises à l'écart et de récusations péremptoires combinées accordé au ministère public soit égal ou inférieur au nombre total de récusations péremptoires auquel ont droit les accusés.

^d La perspective des codéfendeurs multiples ne saurait justifier le législateur de conférer au ministère public un avantage aussi considérable à l'égard du nombre de récusations. Dans la plupart des cas, le ministère public jouit d'un nombre bien plus grand de récusations péremptoires sous forme de mises à l'écart que l'accusé. Il ne saurait avoir des prétentions aussi fortes que celles de l'accusé à l'égard du concept de la récusation sans motif, et il n'existe aucune raison inhérente pour laquelle il aurait besoin d'un nombre de récusations supérieur (ou peut-être même égal) à celui de l'accusé. En tout état de cause, je ne crois pas que les scénarios relativement peu communs exposés plus haut puissent servir à justifier le fait plus courant que le ministère public a un gros avantage numérique.

La mise à l'écart et la récusation péremptoire

^e The Crown argued that the stand bys are necessary because they have a purpose beyond their utility as a peremptory challenge. In my opinion, a brief review of the historical origins of the stand by illustrates its basis is suspect and there is little modern justification for its continued existence.

^f Le ministère public a fait valoir que la mise à l'écart est nécessaire parce qu'elle a un autre objet que son utilité en tant que récusation péremptoire. À mon avis, un bref aperçu de l'historique de la mise à l'écart montre qu'elle repose sur un fondement suspect, et qu'il existe aujourd'hui peu de justification de son maintien.

^g The English common law originally granted the Crown an unlimited capacity peremptorily to challenge jurors while the accused was only allowed

^j La common law anglaise accordait à l'origine à la Couronne la capacité illimitée de récuser les jurés péremptoirement alors que l'accusé n'avait

35 peremptory challenges. This unlimited power led to abuses because the Crown would peremptorily challenge the whole array of jurors without qualifying 12 jurors. The trial was then postponed and the accused kept in custody until the next session. An attempt was made to curtail this abuse in 1305 when a statute containing the following edict was passed (*An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, c. 4):

... but if they that sue for the King will challenge any of those Jurors, they shall assign of their Challenge a Cause certain, and the Truth of the same Challenge shall be enquired of according to the Custom of the Court; ...

Despite the fact that the logical reading of this provision seems to indicate that the Crown had no power to challenge except for cause, it was interpreted to mean that the Crown need not assign the cause for its challenge until the panel had been gone through. Presumably the Courts felt they could not sanction eliminating the Crown's power to challenge absent cause while accused persons retained that ability. It was thus that the stand by was born. Certain attempts were made to impugn this rule but it survived and was re-enacted in *The Juries Act, 1825* (Eng.), 6 Geo. 4, c. 50, s. 29, which was interpreted in the same manner as its predecessor.

Canada inherited this legacy. Section 668(9) of *The Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, granted the Crown an unlimited power to stand by jurors. This was eventually reduced to 48, as now exists, in 1917 (*An Act to amend the Criminal Code (respecting jurors)*), S.C. 1917, c. 13, s. 1). When this legislation was being debated, the Minister of Justice, Hon. C. J. Doherty noted that:

Perhaps it might be more correct to say that the more you increase the number of men from whom the Crown can, by this process of elimination, select the twelve that it wants, the more you increase the opportunity for the Crown to find a jury exactly to its liking.

(*House of Commons Debates*, Aug. 9, 1917, at p. 4309.)

droit qu'à 35 récusions péremptoires. Ce pouvoir illimité a conduit à des abus car la Couronne récusait péremptoirement tous les jurés sans en accepter 12. Le procès était alors reporté et l'accusé restait sous garde jusqu'à la session suivante. En 1305, on a tenté de restreindre cet abus en adoptant une loi contenant la disposition suivante *An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, ch. 4:

[TRADUCTION] . . . mais si ceux qui poursuivent au nom du Roi récusent l'un quelconque des jurés, ils doivent donner à leur récusation un motif précis dont la véracité sera vérifiée selon l'usage du tribunal . . .

Bien que l'interprétation logique de cette disposition laisse croire que la Couronne ne pouvait récuser que pour un motif précis, on y a lu qu'elle n'avait pas à motiver ses récusions tant que tout le tableau des candidats jurés n'était pas épousé. Les tribunaux ont probablement cru qu'ils ne pouvaient approuver le retrait de la faculté de la Couronne de récuser sans motif alors que les accusés conservaient la leur. C'est ainsi qu'est née la mise à l'écart. On a tenté de contester cette règle, mais elle a survécu et elle a été adoptée de nouveau dans *The Juries Act, 1825* (Eng.), 6 Geo. 4, ch. 50, art. 29, qui a été interprétée de la même façon que la mesure législative qui l'a précédée.

Le Canada a hérité de cette règle. Le paragraphe 668(9) du *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, accordait au ministère public la faculté sans restriction de mettre des jurés à l'écart. Ce nombre a été réduit à 48, en 1917 dans la *Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés)*, S.C. 1917, ch. 13, art. 1, et il reste le même aujourd'hui. Au moment où cette mesure législative était débattue, le ministre de la Justice, l'honorable C. J. Doherty a dit ce qui suit:

Peut-être serait-il plus juste de dire que, plus on augmente le nombre de ceux parmi lesquels la couronne peut, par ce procédé d'élimination, choisir les douze jurés dont elle a besoin, plus on augmente ses chances de trouver un jury parfaitement à son goût.

(*Débats de la Chambre des communes*, 9 août 1917, p. 4455.)

The twentieth century justification of the stand by was discussed by Hart J.A. in *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401 (N.S.S.C.A.D.), as follows at p. 412:

The traditional reason for permitting the Crown to stand aside jurors as they were called to the book to be sworn was the limited size of a jury panel. If both the Crown and the accused had the number of peremptory challenges available to the accused the panel would soon become exhausted and the need for talesmen would arise. To prevent this problem the Crown was permitted to stand aside the juror rather than challenge him at that time, and this would permit the juror to remain on the panel until all of the members have been exhausted and then be recalled if a full jury had not been sworn. Those jurors who had been stood aside would then still be available to complete the jury without the need of talesmen: . . .

See also McEldowney, "Stand By For The Crown": an Historical Analysis", [1979] *Crim. L.R.* 272, Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lewis, ed., vol. 4, pp. 354-56 and pp. 1739-42 (Lewis, edition), *Morin v. The Queen*, *supra*, and *R. v. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323 (Ont. H.C.). This modern rationale does not justify numerical disparity, nor permit only one of the adversaries to defer its challenge.

I turn now to determine the rationale for peremptory challenges, in order to ascertain the justification for any disparity between the powers of the crown and the accused.

What, then is the basis for the peremptory challenge? I can find no basis other than that expressed by Blackstone, *supra*, at p. 353 and p. 1738 (of Lewis' edition):

... in criminal cases, or at least in capital ones, there is, *in favorem vitae*, allowed to the prisoner an arbitrary and capricious species of challenge to a certain number of jurors, without showing any cause at all, which is called a *peremptory challenge*; a provision full of that tenderness and humanity to prisoners for which our English laws are justly famous. This is grounded on two reasons. 1. As every one must be sensible what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to con-

Le juge Hart a discuté de la justification au XX^e siècle de la mise à l'écart des jurés dans l'arrêt *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401 (C.S. N.-É., Div. app.); il a dit ce qui suit, à la p. 412:

[TRADUCTION] Le motif traditionnellement invoqué pour justifier le ministère public de tenir des jurés à l'écart au fur et à mesure qu'on leur demandait de prêter serment était la taille réduite du tableau des jurés. Si le ministère public et l'accusé disposaient tous deux du nombre de récusions péremptoires accordé à l'accusé, le tableau serait vite épuisé, et il serait nécessaire de recourir à des jurés *ad hoc*. Pour éviter ce problème, on a permis au ministère public de tenir à l'écart des jurés plutôt que de les récuser à ce moment-là, ce qui leur permettait de rester inscrits au tableau jusqu'à ce que tous les candidats jurés aient été récusés, et d'être rappelés si un jury complet n'avait pas été constitué. Les jurés tenus à l'écart étaient donc disponibles pour compléter le jury sans qu'il soit nécessaire de recourir aux jurés *ad hoc*: . . .

Voir aussi McEldowney, «'Stand By For The Crown': an Historical Analysis», [1979] *Crim. L.R.* 272, Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, éd. Lewis, vol. 4, aux pp. 354 à 356 et aux pp. 1737 à 1742 (de l'édition Lewis), *Morin c. The Queen*, précité, et *R. c. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323 (H.C. de l'Ont.). Ce raisonnement contemporain ne justifie pas l'inégalité numérique ni le fait qu'un seul des adversaires puisse différer sa récusation.

J'examinerai maintenant la raison d'être de la récusation péremptoire afin d'apprécier la justification de toute disparité entre la faculté du ministère public et celle de l'accusé.

Quel est donc le fondement de la récusation péremptoire? Je n'en vois aucun, sinon celui qui a formulé Blackstone, *op. cit.*:

Mais dans les affaires criminelles, ou du moins dans les causes *capitales*, il est accordé de plus au prisonnier, *in favorem vitae*, un genre de récusation arbitraire et à volonté, contre un certain nombre de jurés, sans qu'il ait à en donner aucune raison. C'est ce qu'on appelle une récusation *péremptoire*; disposition où respirent cette compassion, cette humanité pour les accusés, justement louées dans les législateurs anglais. Elle est fondée sur deux raisons. 1°. On sait quelles impressions subites,

ceive upon the bare looks and gestures of another, and how necessary it is that a prisoner (when put to defend his life), should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him, the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike. 2. Because, upon challenges for cause shown, if the reasons assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare questioning his indifference may sometimes provoke a resentment, to prevent all ill consequences from which the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside.

quelles préventions inexplicables peuvent exciter en nous les regards seuls, l'air, les gestes d'une personne; et l'on conçoit combien il importe qu'un prisonnier, quand il a son existence à défendre, n'ait pas de ses ^a jurés une opinion défavorable, qui pourrait le déconcerter totalement: en conséquence la loi s'oppose à ce qu'il soit examiné par un homme qui lui a inspiré de l'aversion, quoiqu'il ne puisse indiquer la cause de sa prévention. 2°. Dans le cas de récusation *pour cause*, si le motif allégué ne paraît pas suffisant pour exclure le juré, il se peut que le simple fait d'avoir mis en question son impartialité, provoque son ressentiment: et, pour en prévenir les fâcheuses conséquences, il est encore libre au prisonnier de l'écartier, s'il le veut, par la récusation *péremptoire*.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 6, aux pp. 257 et 258.)

This passage was quoted in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 720. The basis of the peremptory challenge is "purely subjective." In *R. v. Mason*, [1981] Q.B. 881 (C.A.), the history of stand bys was considered. At pages 889-90 Lawton L.J. refers to a quotation from Lord Campbell C.J. that a stand by is the equivalent of a peremptory challenge which could be exercised until the whole panel had been called. This right may be exercised without valid provable objection. At page 888, the court gives as an example of the use of the stand by an instance where a poacher might properly be stood by where the charge involves wounding a gamekeeper while poaching. The court noted that this juror is unlikely to be impartial. So it is clear that "partiality" may be considered in exercising the power.

Ce passage a été cité dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709 à la p. 720. Le fondement de la récusation péremptoire est «purement subjectif». L'arrêt *R. c. Mason*, [1981] Q.B. 881 (C.A.) étudie les origines de la mise à l'écart. Aux pp. 889 et 890, le lord juge Lawton cite le lord juge en chef Campbell, qui a dit qu'une mise à l'écart équivaut à une récusation péremptoire que l'on peut exercer jusqu'à l'appel complet du tableau des jurés. Cette faculté peut s'exercer sans objection valable dont la preuve peut être faite. À la p. 888, la cour donne comme exemple du recours à la mise à l'écart le cas où un braconnier pourrait à bon droit être tenu à l'écart lorsque le prévenu est accusé d'avoir blessé un garde-chasse alors qu'il braconnait. La cour a signalé que ce juré ne serait vraisemblablement pas impartial. Il est donc clair que la «partialité» peut entrer en ligne de compte dans l'exercice de cette faculté.

As no objective showing need be made, it is clear that either side may exercise the right to exclude a juror on considerations of partiality.

Comme aucun motif objectif n'a à être démontré, il est clair que l'une et l'autre partie peuvent exercer leur droit d'écartier un juré pour des raisons de partialité.

The Crown, in exercising its stand by power, is hoping to achieve a peremptory challenge, deferring its challenge for cause, or deferring its peremptory challenge. In any case it is given greater play in the selection of the jury, in its fashioning, than is permitted to the accused.

Le ministère public, en exerçant sa faculté de mise à l'écart, espère faire une récusation péremptoire, différant sa récusation motivée ou encore sa récusation péremptoire. Quoi qu'il en soit, il jouit d'une latitude plus grande dans la sélection du jury, dans sa constitution, que celle de l'accusé.

In argument, counsel for the Crown contended that the stand by is a "deferred challenge for cause" and therefore should not be viewed in the same vein as peremptory challenges. I am unable to accept that characterization in the light of the acknowledgment that the stand by may be employed as a peremptory challenge and given the reality of large jury panels that ensures that in a great many cases a juror stood by will not be recalled. Informed commentators have no difficulty in concluding that the "stand by" gives substantial rights of challenge: East, "Jury Packing: A Thing of the Past?" (1985), 48 *Mod. L.R.* 518, at p. 520. McEldowney, *supra*, says it "... is analogous to the defence's right of peremptory challenge ..." at p. 272, quoting the Morris Report, Cmnd 2627 (1965). That the challenge and stand by may both be used for partisan reasons was the conclusion of the Roskill Committee, Fraud Trials, 1986, paragraphs 7.36 ff. which condemned manipulation and recommended abolition of both the peremptory challenge and the stand by. Consequently the peremptory challenge has been eliminated and the stand by substantially circumscribed in England: *Halsbury's Laws of England*, Annual Abridgment 1988, paragraph 1313.

Even if the "stand by" is recalled the Crown may still exercise a peremptory challenge to exclude that person. In this sense, the stand by is not necessarily a deferred challenge for cause. That description was appropriate at one time but the present section (s. 641, formerly s. 570) of the *Criminal Code* states that if no names remain to be called and a full jury is not sworn, the names of those stood by are called again and "they shall be sworn, unless challenged by the accused, or unless the prosecutor challenges them or shows cause why they should not be sworn". It is clear, therefore, that a juror stood by can still be peremptorily challenged by the Crown or the accused.

Dans sa plaidoirie, le substitut du procureur général a avancé que la mise à l'écart est une [TRA-DUCTION] «récusation motivée différée» et que, par conséquent, elle ne devrait pas être considérée du même œil que la récusation péremptoire. Je ne puis accepter cette qualification puisqu'on reconnaît que la mise à l'écart peut servir de récusation péremptoire et étant donné la réalité de la longueur des tableaux des jurés qui font que dans bien des cas un juré tenu à l'écart ne sera pas rappelé. Les auteurs avisés concluent sans réticence que la «mise à l'écart» donne des droits de récusation considérables: East, «Jury Packing: A Thing of the Past?» (1985), 48 *Mod. L.R.* 518 à la p. 520. McEl-downey, *loc. cit.*, dit que la mise à l'écart est [TRA-DUCTION] «... analogue au droit de récusation péremptoire de la défense ...», à la p. 272, citant le Morris Report, Cmnd 2627 (1965). Le fait que la récusation aussi bien que la mise à l'écart puissent servir des fins partisanes a été la conclusion tirée par le Roskill Committee, Fraud Trials, 1986, aux par. 7.36 et suiv., qui a condamné la manipulation du jury et recommandé l'abolition de la récusation péremptoire et de la mise à l'écart. En conséquence, la récusation péremptoire a été éliminée et la mise à l'écart considérablement restreinte en Angleterre: *Halsbury's Laws of England*, Annual Abridgment 1988, par. 1313.

Même si celui qui a été «mis à l'écart» est rappelé, le ministère public peut encore l'écartier au moyen de la récusation péremptoire. En ce sens, la mise à l'écart n'est pas nécessairement une récusation motivée différée. Cette description était appropriée à une certaine époque, mais l'article actuel (art. 570 (maintenant art. 641)) du *Code criminel* dit que s'il ne reste plus de noms à appeler et qu'un jury complet n'a pas été assermenté, les noms de ceux à qui il a été ordonné de se tenir à l'écart sont de nouveau appelés et «ces jurés sont assermentés, à moins d'être récusés par le prévenu ou à moins que le poursuivant ne les récuse ou ne démontre pourquoi ils ne devraient pas être assermentés». Il est donc évident qu'un juré tenu à l'écart peut encore être récusé péremptoirement par le ministère public ou par l'accusé.

The Crown also claims it acts in its quasi-judicial role and uses the stand by to exclude those people who are inappropriate but whose objectionability neither fits within the boundaries of s. 567 (now s. 638) nor is egregious enough to warrant the utilization of a peremptory challenge. It also argued that the modern justification for its power to challenge is to provide a balanced selection of jurors. The Crown claimed it uses the challenges only within its quasi-judicial role: it seeks only to secure an impartial jury and not one predisposed towards the Crown's case.

In the absence of some control, however, the observer of the process is bound to conclude that the crown possesses a substantial advantage and by its uncontrolled exercise may influence the make-up of that jury under partisan considerations.

I agree with Professor Mewett's observation in "The Jury Stand-By" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386, "But the dividing line between the Crown's legitimate interest in ensuring an impartial jury and any illegitimate interest it may have in packing the jury, if not with favourable jurors then at least with not unfavourable jurors, is not an easy one to draw and even less easy to enforce". In *Cloutier, supra*, at pp. 720-21, this Court noted that peremptory challenges were intended to give each party the right to remove individuals "whom he does not believe to be impartial". To a similar effect is the observation, quoted above, of the Minister of Justice in 1917.

While I agree that the stand by may be used beneficially, I do not think we can rely on professed good intentions to uphold such a disparity. An example of the use of the power to tailor the jury selection is found in the recent case of *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783. The Crown acts within an adversarial forum. It is not unreasonable to think that there are times when the Crown's challenges or stand bys are motivated by an anxi-

Le ministère public affirme aussi qu'il exerce son rôle quasi judiciaire et qu'il utilise la mise à l'écart pour exclure les personnes qui ne conviennent pas sans que les objections qu'elles suscitent ne relèvent de l'art. 567 (maintenant art. 638) ni ne soient si flagrantes qu'elles justifient le recours à la récusation péremptoire. Il soutient aussi que la justification contemporaine de sa faculté de récusation réside dans la nécessité d'offrir un choix bien équilibré de jurés. Il prétend qu'il ne recourt à la récusation que dans l'exercice de son rôle quasi judiciaire: il ne cherche qu'à obtenir un jury impartial et non un jury sympathique à sa cause.

En l'absence d'un contrôle quelconque, cependant, celui qui observe le processus sera bien obligé de conclure que le ministère public a un avantage considérable et que son exercice sans contrôle de cette faculté peut lui permettre d'influer sur la constitution du jury pour des fins partisanes.

Je suis d'accord avec le professeur Mewett lorsqu'il dit dans «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 386: [TRADUCTION] «Mais la ligne de démarcation entre l'intérêt légitime qu'a le ministère public à assurer la constitution d'un jury impartial et tout intérêt illégitime qu'il peut avoir à se composer un jury favorable, sinon grâce à des jurés sympathiques à sa cause, tout au moins à l'aide de ceux qui ne lui sont pas défavorables, n'est pas facile à tirer et encore moins à faire respecter». Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, aux pp. 720 et 721, notre Cour a souligné que les récusations péremptoires avaient pour but de donner à chaque partie le droit d'écartier du jury ceux «qu'elle ne croit pas être impartiaux». La remarque citée plus haut du ministre de la Justice en 1917 va dans le même sens.

Je veux bien convenir que la mise à l'écart peut être employée de façon bénéfique, mais je ne crois pas que nous puissions nous en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité. La cause récente de *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783, fournit un exemple de l'emploi de la mise à l'écart à des fins intéressées. Le ministère public agit au sein d'un système accusatoire. Il n'est pas déraisonnable de croire

ety to secure a conviction rather than a strictly quasi-judicial interest in the fairness of the trial. It is, indeed, proper for the Crown to use the process to put aside potential jurors who may be partial to the accused. In the context of the jury trial "impartial" means "indifferent" and the peremptory powers enable the parties a limited power to exercise subjective assessments of that indifference. What cannot be justified to the observer of the process is granting the Crown a greater opportunity to carry these assessments into the selection process.

que parfois les récusions ou les mises à l'écart du ministère public sont motivées par son souci d'obtenir une condamnation plutôt que par sa préoccupation strictement quasi judiciaire d'assurer l'impartialité du procès. Il est certes approprié que le ministère public exerce cette faculté pour tenir à l'écart des candidats jurés qui peuvent être partiaux envers l'accusé. Dans le contexte du procès par jury, «impartial» est utilisé au sens de l'al. 638(1)b) du *Code criminel*, et la faculté des parties d'écartier péremptoirement les jurés leur donne le pouvoir restreint de faire des appréciations subjectives de cette impartialité. Ce qui ne saurait se justifier aux yeux de l'observateur du processus, c'est d'accorder au ministère public une plus grande possibilité d'appliquer ces appréciations au processus de sélection.

Would an informed observer perceive an unfairness in the jury selection process that may affect the indifference, real or perceived, of the jury? If the Crown exercises a quasi-judicial function to stand by jurors its motivation and reasons are unknown. Keeping in mind the fact that the juror stood by is not often recalled, there is an inherent perception that the jury selection process is unbalanced. Regardless of the Crown's motives and reasons for standing by a juror, there remains a clear impression of inequality caused by the marked imbalance between the Crown's and the accused's ability to configure the jury. While the Crown may perform a quasi-judicial function it is not uninterested in securing convictions of accused persons. Section 563 (now s. 634) is unconstitutional because it provides for the apparent transformation of this interest into reality. This offends s. 11(d) of the *Charter*.

L'observateur bien renseigné verrait-il dans le processus de sélection du jury une injustice susceptible de nuire à l'impartialité, réelle ou perçue, du jury? Si le ministère public exerce une fonction quasi judiciaire de mise à l'écart des jurés, sa motivation et ses motifs sont inconnus. Étant donné que le juré tenu à l'écart n'est pas souvent rappelé, l'impression inhérente s'impose que le processus de sélection du jury n'est pas équilibré. Indépendamment du mobile et des motifs pour lesquels le ministère public met un juré à l'écart, il subsiste une nette impression d'inégalité en raison du déséquilibre marqué entre la capacité du ministère public et celle de l'accusé de composer le jury. Bien que le ministère public puisse exercer une fonction quasi judiciaire, il n'est pas sans être intéressé à obtenir la condamnation de l'accusé. L'article 563 (maintenant art. 634) est inconstitutionnel parce qu'il permet apparemment à cet intérêt de recevoir son application dans la réalité, ce qui est incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*.

As the Crown noted in this case, the constitutional validity of s. 563 (now s. 634) has been examined by many courts before. In many of these cases, the courts recognized the inherent unfairness in the difference between the Crown's and the accused's ability to challenge jurors and yet upheld the section. O'Leary J.'s comments in *R. v. Piraino*

Comme l'a remarqué le ministère public en l'es-
pèce, la constitutionnalité de l'art. 563 (maintenant art. 634) a été étudiée par de nombreux tribunaux auparavant. Dans beaucoup de ces affaires, les tribunaux ont reconnu l'injustice inhérente qui existe dans la différence entre les facultés respectives du ministère public et de l'accusé de récuser les jurés,

(1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (Ont. H.C.), are typical. At pages 30-31 he stated:

There is no doubt that the right given the Crown to challenge four jurors peremptorily and to stand aside 48, while the accused on a rape charge can challenge but 12 jurors peremptorily and the requirement that the accused declare first whether he challenges a juror, gives the Crown an unfair advantage in the jury selection process. This does not mean, however, that there is any danger that the jury chosen will not be independent and impartial. It simply means that the Crown has a much better chance than the defence of selecting out of the entire jury panel a jury it hopes will be most sympathetic to its position. [Emphasis added.]

In *R. v. Johnstone*, *supra*, Hart J.A. also discussed the validity of s. 563 (now s. 634). At pages 412-13 he noted:

In recent years jury panels have become much larger and there is less need for the Crown to exercise its right to stand individual jurors aside, but unfortunately a practice has arisen with certain Crown counsel to stand aside large numbers of jurors, and it may be that the time has come to eliminate this process and balance the number of peremptory challenges available to both the Crown and the accused. [Emphasis added.]

Similarly DuPont J. in *R. v. Cecchini*, *supra*, noted at p. 326:

... the disparity in the rights or challenges as between the Crown and the accused in most cases prevents that vital part of a criminal trial from appearing fair. This results from the use made by Crowns of their rights to stand aside, which in many cases gives them, in the eyes of the public, a major advantage. It can be argued that a jury selected with a marked advantage to one side in its selection will not meet the test of appearing to be impartial. [Emphasis added.]

In *Cecchini*, where the accused was charged with murder, DuPont J. limited the Crown's stand bys to 16. See also *R. v. Favel* (1987), 39 C.C.C.

et cependant ils ont maintenu cet article. Les commentaires du juge O'Leary dans l'arrêt *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (H.C. Ont.), sont typiques. Aux pp. 30 et 31, il a déclaré:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le droit conféré au ministère public de récuser quatre jurés péremptoirement et d'en mettre 48 à l'écart, alors que la personne accusée de viol ne peut récuser péremptoirement que 12 jurés, et que l'obligation faite à l'accusé de déclarer le premier s'il récuse un juré, donnent au ministère public un avantage injuste relativement au processus de sélection du jury. Cela ne signifie pas cependant qu'il est à craindre que le jury choisi ne sera pas indépendant et impartial. Cela signifie simplement que le ministère public a une bien meilleure chance que la défense de choisir sur le tableau complet des jurés un jury dont il espère qu'il sera très favorable à sa position. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Johnstone*, précité, le juge Hart a aussi examiné la constitutionnalité de l'art. 563 (maintenant art. 634). Aux pp. 412 et 413 il a noté:

[TRADUCTION] Au cours des dernières années, le tableau des jurés est devenu beaucoup plus considérable et il est moins nécessaire pour le ministère public d'exercer son droit de tenir des jurés à l'écart, mais malheureusement certains substituts du procureur général ont pris l'habitude de mettre à l'écart un grand nombre de jurés, et il se peut que le temps soit venu de mettre fin à cette pratique et d'établir un équilibre entre le nombre des récusations péremptoires accordé respectivement au ministère public et à l'accusé. [Je souligne.]

De la même façon, le juge DuPont, dans l'arrêt *R. c. Cecchini*, précité, a remarqué, à la p. 326:

[TRADUCTION] ... la disparité des droits ou des récusations accordés respectivement au ministère public et à l'accusé dans la plupart des cas empêche cette partie essentielle du procès criminel de paraître équitable. Cela est imputable à l'usage que font les substituts du procureur général de leur faculté de mise à l'écart, qui dans bien des cas leur donne, aux yeux du public, un avantage considérable. On peut avancer qu'un jury dont le choix s'est fait avec un avantage marqué chez une des parties ne satisfera pas au critère de l'apparence d'impartialité. [Je souligne.]

Dans *Cecchini*, où l'inculpé était accusé de meurtre, le juge Dupont a limité à 16 les mises à l'écart du ministère public. Voir aussi les arrêts *R.*

(3d) 378 (Sask. C.A.), *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (Ont. C.A.), and *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (Ont. H.C.).

In all of these cases (except *Cecchini*) the courts, if asked, have upheld the constitutional validity of s. 563 (now s. 634). In most of those cases, the following reasoning from *Piraino* was either explicitly or implicitly applied. In his oral judgment, O'Leary J. stated at pp. 29-30:

The jury selection process is just one step in the trial. The course of a trial is governed and affected by almost countless rules relating to procedure and the admissibility of evidence. Many of those rules when isolated and looked at individually, would appear to favour either the Crown or the accused. Indeed, the same rule may at one point favour the Crown and at another point favour the accused. Others of those rules consistently favour either the Crown or the accused. The requirements; that the Crown prove each element of a charge beyond a reasonable doubt before there can be a conviction; that the accused cannot be required to testify and that the Crown and the trial judge may not comment on the fact that the accused has not testified are examples of rules that favour the accused.

In my view, so far as the issue before me is concerned, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives to every citizen the right to a fair trial. It does not assure him the right that every rule that governs that trial, when examined individually, be fair to him. It does, however, assure him that any individual rule that is so unfair that it will result in an unfair trial being had will be struck down.

Potts J.'s comments in *R. v. Ross*, *supra*, reveal a similar viewpoint at p. 86:

When one reviews the entire jury selection process, it becomes clear that the acts complained of as being unfair are at the end of a rather lengthy process designed to ensure randomness and independence and impartiality. Can the Crown's ability to request that a potential juror stand aside be seen to impugn this entire process? I respectfully submit that it cannot. At best, the jury selection carried on in a courtroom by counsel is educated guesswork operating on a sample of strangers carefully

c. Favel (1987), 39 C.C.C. (3d) 378 (C.A. Sask.), *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (C.A. Ont.), et *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (H.C. Ont.).

^a

Dans toutes ces affaires (sauf l'affaire *Cecchini*) les tribunaux, lorsqu'on le leur demandait, ont confirmé la constitutionnalité de l'art. 563 (maintenant art. 634). Dans la plupart de ces affaires, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Piraino* a été suivi implicitement ou explicitement. Dans son jugement oral, le juge O'Leary a déclaré, aux pp. 29 et 30:

[TRADUCTION] Le processus de sélection du jury n'est qu'une étape du procès; le cours de ce dernier est régi et influencé par un nombre presque illimité de règles relatives à la procédure et à la recevabilité de la preuve. Nombre de ces règles, prises et considérées isolément, paraîtraient favoriser soit le ministère public, soit l'accusé. De fait, la même règle peut, à un moment, favoriser le ministère public et à un autre, l'accusé. D'autres parmi ces règles favorisent constamment soit le ministère public soit l'accusé. Mentionnons parmi les règles qui favorisent l'accusé les suivantes: le ministère public doit faire la preuve de chaque élément des chefs d'accusation au-delà de tout doute raisonnable pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut être contraint de témoigner et ni le ministère public ni le juge du procès ne peuvent faire de commentaires sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné.

^f

À mon sens, en ce qui concerne le point litigieux en l'espèce, la *Charte canadienne des droits et libertés* donne à chaque citoyen le droit à un procès équitable. Elle ne lui garantit pas que chaque règle qui régit le procès, prise individuellement, sera juste à son égard. Mais elle lui garantit cependant que toute règle individuelle qui est si injuste qu'elle entraînera un procès inéquitable sera abrogée.

^g

Les commentaires du juge Potts dans l'arrêt *R. c. Ross*, précité, expriment un point de vue semblable, à la p. 86:

[TRADUCTION] Lorsque l'on étudie l'ensemble du processus de sélection du jury, il devient évident que les actes que l'on qualifie d'injustes se trouvent à la fin d'un processus plutôt long conçu pour garantir un jury indépendant et impartial choisi au hasard. Peut-on considérer que la faculté qu'a le ministère public de demander la mise à l'écart d'un candidat juré vicié le processus tout entier? J'avance avec égards qu'il n'en est rien. Au mieux, la sélection du jury faite par les avocats dans la

chosen in a neutral fashion. Does an individual, chosen at random, who has survived the scrutiny of the accused assume a pro-Crown bias merely because he is not asked by the Crown to stand aside? Does a jury composed of such individuals become something less than "independent and impartial"? Alternatively, does an individual who is initially asked to stand aside but later recalled assume a pro-accused bias merely because he had first been asked to stand aside? I would respectfully submit that the individual biases of any potential juror are left unaffected by the Crown's request to stand aside or not.

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

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

I now turn to what I take to be the main theses of the Crown's position.

Firstly the jury should be, and should be seen as, impartial, representative and competent. While Canadian law has not adopted a theory of representativeness, I accept that proposition. Then it is acknowledged that both parties are granted a limited opportunity to affect jury selection, having regard to these characteristics. It is acknowledged that the crown is given a greater opportunity to affect the selection.

This asymmetry is justified on the basis that the Crown has a greater interest than the accused. I fail to see why the accused does not have the same interest in these factors that the Crown possesses. I

salle d'audience résulte du flair professionnel à l'œuvre sur un groupe d'étrangers soigneusement choisis de façon neutre. La personne choisie au hasard qui n'a pas été récusée par l'accusé acquiert-elle un préjugé favorable au ministère public du simple fait que celui-ci ne lui a pas demandé de se tenir à l'écart? Le jury composé de telles personnes devient-il moins qu'"indépendant et impartial"? D'autre part, la personne à qui l'on a tout d'abord demandé de se tenir à l'écart et qui est rappelée par la suite devient-elle sympathique à l'accusé simplement parce qu'on l'avait d'abord mise à l'écart? J'estime que les préjugés particuliers des candidats jurés n'ont rien à voir avec le fait que le ministère public leur demande ou non de se tenir à l'écart.

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

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

J'en viens maintenant à ce que j'estime être les arguments principaux du ministère public.

Tout d'abord, le jury devrait être—et être perçu comme étant—impartial, représentatif et compétent. Bien que le droit canadien n'ait pas adopté de théorie de la représentativité, j'admetts cette proposition. Ensuite, il est reconnu que les deux parties ont la possibilité limitée de participer à la sélection du jury en ce qui concerne les caractéristiques susmentionnées. Il est également reconnu que le ministère public jouit d'une plus grande latitude dans cette sélection.

On justifie cette asymétrie au motif que le ministère public a un plus grand intérêt en la matière que l'accusé. Je ne vois pas pourquoi l'intérêt de l'accusé relativement à ces caractéristiques

see no inherent justification for giving the litigants different roles in selecting their jury.

ne serait pas égal à celui du ministère public. Je ne vois aucune justification inhérente à donner aux plaideurs des rôles différents dans la sélection de leur jury.

^a Much is made of the quasi-judicial role of the prosecutor. Jury picking would be contrary to this duty. But unlike the case in *Lippé* there are no effective safeguards in place to ensure that the decisions are all made only in the interest of the fair trial rather than in securing a conviction. The Crown does not need to disclose its reasons for standing by or exercising peremptory challenges.

On attache beaucoup d'importance au rôle quasi judiciaire du poursuivant. La sélection intéressée du jury serait incompatible avec cette fonction. ^b Mais, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Lippé*, il n'existe aucune garantie efficace que les décisions ont toutes pour seul objet l'équité du procès plutôt que l'obtention d'une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas à révéler les motifs de ses mises à l'écart ni de ses récusions péremptoires.

^d It suggests that it has no adversary interest in jury selection process. I cannot accept that proposition as commanding itself to anyone observing the trial process.

Il laisse entendre qu'il n'agit pas avec parti pris dans le processus de sélection du jury. Je ne saurais accepter que quiconque observe le déroulement d'un procès conviendrait de cette prétention.

The apprehension of bias lies in the fact that the Crown has had a greater opportunity to choose jurors to its liking, free to do so under partisan considerations. We are not here concerned about any mere trial rule, but rather the rules governing the selection of the tribunal. The existence of the jurors' oath here is no greater protection than it is in the case of a disqualified member of an administrative tribunal.

^e La crainte de partialité tient au fait que le ministère public a eu davantage la possibilité de choisir les jurés qui lui conviennent, libre de le faire en obéissant à des considérations partisanes. Il ne s'agit pas ici d'une simple règle applicable aux procès, mais plutôt des règles régissant la sélection du tribunal. L'existence du serment prêté par les jurés n'offre pas ici davantage de protection que dans le cas du membre d'un tribunal administratif déclaré inhabile à y siéger.

^g This perception will arise in the majority of jury cases if equality is not applied from the beginning. Given the absence of any need to justify its powers, the Crown cannot be shown as having taken a partisan advantage on any case by case basis.

^h Cette impression existera dans la majorité des procès par jury si le principe de l'égalité n'est pas appliqué dès le début. Vu l'absence de toute obligation de justifier l'exercice de ses pouvoirs, on ne pourra établir au cas par cas que le ministère public a fait preuve de parti pris.

That every accused receive a fair trial in front of an impartial and independent jury is an essential element of the fairness of the trial which s. 11(d) of the *Charter* guarantees. In *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, Chief Justice Dickson, commented on the accused's right to be present during all stages of his or her jury trial. He stated at p. 710:

ⁱ Il est essentiel à l'équité du procès garantie à l'al. 11b) de la *Charte* que chaque accusé reçoive un procès équitable devant un jury impartial et indépendant. Dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, le juge en chef Dickson a fait des commentaires sur le droit de l'accusé d'être présent à toutes les étapes de son procès. Il a dit, à la p. 710:

The selection of an impartial jury is crucial to a fair trial. The *Criminal Code* recognizes the importance of the selection process and sets out a detailed procedure to be followed . . . Both the Crown and the accused participate in the process, with the right to challenge for cause or peremptorily and, in the case of the Crown, to stand aside potential jurors . . . The challenge for cause involves trial of the impartiality of potential jurors, with examination by either side. The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1) [now s. 650].

Later, he noted at pp. 714-15:

. . . the most important aspect of the case, namely, the appearance of justice. Even if the two-stage analysis of the empanelling process is a legally accurate description of the interplay of the *Criminal Code* and the Nova Scotia *Juries Act*, it leaves out of account the effect of the proceedings in this case as they would appear to the average citizen: . . .

What of the public perception? This is a case where the public perception of the fairness of the proceedings is crucial.

The reasoning revealed in *Piraino* and *Ross* that has found s. 563 (now s. 634) valid was partially premised on the need of proof of real or actual partiality of juries. With respect, that rationale is erroneous. What s. 11(d) of the *Charter* requires is that there be, at minimum, a reasonable apprehension that juries generated by the selection process are impartial. Allowing the accused to have a manifest role in that process confirms that the appearance of fairness and impartiality is maintained. But when the *Criminal Code* allows the Crown to have such substantial advantage in the ability to shape and fashion the jury, that perception is severely impaired. This violates the test for s. 11(d).

La formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable. Le *Code criminel* reconnaît l'importance du processus de sélection et il énonce une procédure détaillée à suivre . . . Le ministère public et l'accusé y participent, avec droit de demander la récusation motivée ou préemptoire et, dans le cas du ministère public, de mettre à l'écart des jurés éventuels . . . La récusation motivée comporte une vérification de l'impartialité des jurés éventuels, avec interrogatoire par l'une et l'autre partie. L'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1) [aujourd'hui l'art. 650].

a Plus loin, il a remarqué, aux pp. 714 et 715:

. . . l'aspect le plus important de l'affaire, savoir non seulement que justice soit rendue, mais qu'elle paraisse l'être. Bien que l'analyse de la formation du jury en deux étapes s'avère une description légalement exacte de l'interaction entre le *Code criminel* et la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, elle ne tient pas compte de l'impression que la procédure suivie en l'espèce pourrait créer chez le citoyen moyen: . . .

f Et que penser de l'impression créée chez le public? Il s'agit d'un cas où l'impression chez le public que la procédure est équitable est cruciale.

g Le raisonnement suivi dans les arrêts *Piraino* et *Ross* selon lequel l'art. 563 (maintenant art. 634) était constitutionnel reposait en partie sur l'obligation de prouver la partialité réelle ou concrète des jurés. Avec égards, ce raisonnement est faux. L'al. 11d) de la *Charte*, exige en fait que l'on ait pour le moins l'impression raisonnable que les jurys résultant du processus de sélection sont impartiaux. Le rôle manifeste accordé à l'accusé dans ce processus vient préserver l'impression d'équité et d'impartialité. Mais lorsque le *Code criminel* accorde au ministère public un avantage aussi considérable dans la constitution et la composition du jury, cette impression s'en trouve sérieusement ébranlée, et le critère relatif à l'al. 11d) n'est pas respecté.

2. Section 1 of the *Charter*

Only one party, the intervener the Attorney General of Canada, presented any argument on s. 1. Its submission on this point relied on the arguments it presented on the s. 11(d) violation issue. The Crown (Ontario) sought a declaration that s. 563 (now s. 634) does not violate s. 11(d) of the *Charter* or, in the alternative, that it is justified by s. 1 of the *Charter*. No written or oral argument, however, was presented on this point.

In my view, the violation in this case would be difficult to justify given the nature and scope of that violation, but I need not answer that question. It is a trite statement of the law to say that the Crown has the burden of establishing that a breach of the *Charter* is demonstrably justified in a free and democratic society. Neither the respondent nor the intervener identified any pressing concern which would justify a limitation. The burden remains unsatisfied. Therefore I find the infringement of s. 11(d) of the *Charter* by s. 563 (now s. 634) is not a reasonable limit.

I want to emphasize that I do not intend this finding to be an indication of whether or how a violation of the accused's right to be tried in front of an impartial and independent tribunal could be justified under s. 1 of the *Charter*. That question is left for another day.

3. Admissibility of the Statements

The third issue is whether the certain statements allegedly made by the appellant to the investigating officers are admissible. At trial, Kent Dist. Ct. J. excluded any statement made by the appellant after the lawyer retained by his father spoke to McIntyre on the telephone. Any statements made before that time were admitted. Because of its view on other issues, the Court of Appeal held that a new trial was necessary. It also stated it was open to the new trial judge to take a different view of the evidence but in its opinion the trial judge, based on his findings, was in error in excluding the state-

2. L'article premier de la *Charte*

Une seule partie, le procureur général du Canada intervenant, a présenté une plaidoirie relativement à l'article premier. Ses observations sur ce point reposaient sur les arguments qu'il a fait valoir à l'égard de la violation de l'al. 11d). Le ministère public (l'Ontario) a demandé un jugement déclaratoire portant que l'art. 563 (maintenant art. 634) ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte* ou, subsidiairement, qu'il est justifié en vertu de l'article premier. Cependant, on n'a présenté sur ce point ni argumentation écrite ni plaidoirie.

À mon sens, la violation en l'espèce serait difficile à justifier étant donné sa nature et son étendue, mais je n'ai pas à répondre à cette question. Il est bien établi en droit que le ministère public est tenu de prouver que la justification d'une violation de la *Charte* peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ni l'intimée ni l'intervenant n'ont excipé d'une préoccupation urgente qui justifierait une limitation. On n'a pas satisfait au fardeau de la preuve. Je conclus donc que la violation de l'al. 11d) de la *Charte* par l'art. 563 (maintenant art. 634) ne constitue pas une limite raisonnable.

Je tiens à souligner que je n'entends pas, par cette conclusion, indiquer si—ou de quelle façon—la violation du droit de l'accusé d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant pourrait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cette question sera réglée une autre fois.

3. L'admissibilité des déclarations

La troisième question vise l'admissibilité de certaines déclarations qu'aurait faites l'appelant aux agents enquêteurs. Au procès, le juge Kent a écarté toute déclaration faite à McIntyre par l'appelant après l'appel téléphonique de l'avocat retenu par son père. Les déclarations antérieures à cet appel ont été admises. Étant donné ses vues sur d'autres questions, la Cour d'appel a statué qu'un nouveau procès s'imposait. Elle a dit également qu'il était loisible au nouveau juge du procès d'avoir une opinion différente à l'égard de la preuve, mais à son avis le juge du procès, compte tenu de ses conclu-

ments taken after the lawyer called the police station.

In the Court of Appeal, the appellant apparently argued that the trial judge's ruling was correct because, once the lawyer had been retained, any questioning should have ceased. At this Court, however, the appellant took a different view of this issue. He now argues that his right to retain and instruct counsel was violated at the point of arrest. In his submission, the police violated his s. 10(b) rights once they required him to leave his home before a lawyer had been contacted and therefore all the statements are inadmissible.

In my view, the trial judge was correct about the exclusion of the statements. I am mindful that once an accused is informed of his or her right to counsel (as was found to be the case in this appeal) the accused has the onus of showing he was denied the opportunity to contact counsel. As this Court held in *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540:

We agree with Tarnopolsky J.A. in *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), wherein he said, at p. 431:

... I am of the view that, absent proof of circumstances indicating that the accused did not understand his right to retain counsel when he was informed of it, the onus has to be on him to prove that he asked for the right but it was denied or he was denied any opportunity to even ask for it. No such evidence was put forth in this case.

In the present case, the accused did not put forward, nor does the record reveal, any evidence suggesting that he was denied an opportunity to ask for counsel before the inquiry at the police station. Absent such circumstances, as that referred to by Tarnopolsky J.A., once the police have complied with s. 10(b), by advising the accused without delay of his right to counsel, there are no correlative duties triggered and cast upon them until

sions, avait eu tort d'écartier les déclarations prises après l'appel de l'avocat au poste de police.

Devant la Cour d'appel, l'appelant a apparemment soutenu que la décision du juge du procès était bien fondée parce que dès lors que les services d'un avocat avaient été retenus, tout interrogatoire aurait dû cesser. Devant notre Cour toutefois, l'appelant a adopté un point de vue différent sur la question. Il affirme maintenant que son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat a été violé au lieu de son arrestation. Selon lui, les policiers ont violé les droits que lui confère l'al. 10b) dès qu'ils lui ont demandé de quitter sa résidence avant qu'un avocat n'ait été rejoint, et par conséquent toutes ses déclarations sont inadmissibles.

À mon sens, le juge du procès avait raison à l'égard de l'exclusion des déclarations. Je tiens compte du fait qu'une fois avisé de son droit à l'assistance d'un avocat (et on a conclu qu'il l'avait été en l'espèce), l'accusé a l'obligation de démontrer qu'il a été privé de la possibilité d'entrer en contact avec un avocat. Comme notre Cour a conclu dans l'arrêt *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540:

Nous sommes d'accord avec ce qu'a dit le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 431:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que l'accusé n'a pas compris qu'il avait le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat lorsqu'il en a été informé, il lui incombe de démontrer qu'il a demandé à exercer ce droit mais qu'on le lui a refusé ou qu'on lui a même refusé la possibilité de le demander. Aucun élément de preuve à cet effet n'a été présenté en l'espèce.

En l'espèce, l'accusé n'a fait valoir—and le dossier ne révèle—aucun élément de preuve laissant croire qu'on lui a refusé la possibilité de réclamer un avocat avant l'interrogatoire qui a eu lieu au poste de police. En l'absence de ces éléments de preuve, auxquels a fait allusion le juge Tarnopolsky, dès lors que la police s'est conformée à l'al. 10b) en informant aussitôt l'accusé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un

the accused, if he so chooses, has indicated his desire to exercise his right to counsel.

The trial judge referred, at p. 78, to the "peculiar and special circumstances of this case . . ." The Court of Appeal found error in fixing the police with the responsibility of doing more than answering literally the appellant's question whether his father had called. That question had to be addressed in the context of the evidence. Given the circumstances, a literal response was misleading, because the obvious intent of that inquiry was to further the objective of communicating with counsel. It was tantamount to an assertion by the appellant that he wanted counsel, and in those circumstances, the answer was an evasion which the officers used to continue the questioning in the face of that assertion. The trial judge had the advantage of assessing that inquiry and response in the particular circumstances and did not err in law in excluding the subsequent statements. On the assumption that first statement was properly admitted, (an interesting, but as I am about to show, hypothetical, question), and the right to counsel waived for that purpose, then the trial court correctly found reassertion of any rights that had been given up in the course of giving the first statement.

The appellant did urge that his right to retain and instruct counsel was denied at the point of arrest because police officers directed him to leave before a lawyer was contacted. I do not pass upon this argument because the accused was acquitted notwithstanding the admission of the statement. The ruling, so far as he is concerned, is now academic, indeed moot.

Remedy

For reasons discussed above, I find the portion of s. 563(1) (now s. 634(1)) and all of s. 563(2) (now s. 634(2)) which combined grant the Crown

avocat, aucune autre obligation corrélatrice n'existe ni ne lui est imposée jusqu'à ce que l'accusé, le cas échéant, ait exprimé le souhait d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat.

^a Le juge du procès a mentionné, à la p. 78, les [TRADUCTION] «circonstances particulières et spéciales de cette affaire . . .» La Cour d'appel a conclu que l'on avait à tort attribué à la police la responsabilité de faire plus que de répondre littéralement à la question de l'appelant quand il a demandé si son père avait téléphoné. Cette question devait être traitée dans le contexte de la preuve. Étant donné les circonstances, une réponse littérale était trompeuse, car la question témoignait évidemment du souci de l'appelant de communiquer avec un avocat. Elle équivalait à l'expression de sa volonté de recourir à un avocat et, dans ces circonstances, la réponse était une dérobade dont les policiers ont usé pour poursuivre l'interrogatoire en dépit de l'affirmation de l'appelant. Le juge du procès a eu l'avantage d'apprécier la question et la réponse dans les circonstances particulières en cause, et il n'a pas commis d'erreur de droit en excluant les déclarations subséquentes. En supposant que cette première déclaration ait été régulièrement reçue (une question intéressante mais, comme je vais le démontrer, hypothétique) et qu'il y ait eu renonciation au droit à l'assistance d'un avocat à cette égard, le tribunal a correctement statué qu'il y avait réaffirmation de tout droit auquel l'appelant avait renoncé en faisant sa première déclaration.

^b L'appelant a effectivement soutenu que son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat a été violé au lieu de son arrestation parce que les policiers lui ont ordonné de les suivre avant qu'un avocat ait été rejoint. Je ne me prononce pas sur cet argument parce que l'accusé a été acquitté en dépit de l'utilisation de la déclaration. La décision, en ce qui le concerne, est maintenant théorique et même sans aucun intérêt pratique.

Redressement

^j Pour les motifs mentionnés plus haut, je conclus que la partie du par. 563(1) (maintenant par. 634(1)) et la totalité du par. 563(2) (maintene-

48 stand bys to infringe s. 11(d) of the *Charter*. The Crown's power to peremptorily challenge jurors is preserved. Since none of the parties presented arguments on the validity of s. 563(3) (now s. 634(3)), I refrain from commenting on the constitutionality of that section.

Basically the impugned provisions offend the *Charter* because they impair the fairness of the trial by producing, to an informed observer, a reasonable apprehension of partiality.

Disposition

The portion of s. 563(1) (now s. 634(1)) and all of s. 563(2) (now s. 634(2)) of the *Criminal Code* which confer upon the Crown 48 stand bys is inoperative and of no force because it offends s. 11(d) of the *Charter* and is not a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. In addition, the trial judge was correct in his ruling on the admissibility of the appellant's statements. The appeal is therefore allowed, the Court of Appeal's direction for a new trial is set aside and the appellant's acquittal restored.

I would permit Parliament six months in which to provide new legislation, otherwise the *Code* provisions will be invalidated to the extent that they permit the impugned inequality. This decision would, however, apply to any case in which the provision had been challenged and proceedings relating thereto are still on foot.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563] inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

nant par. 634(2)) qui accordent au ministère public 48 mises à l'écart enfreignent l'al. 11d) de la *Charte*. Le droit du ministère public de récuser péremptoirement les jurés est maintenu. Puisqu'aucune des parties n'a présenté de moyens relativement à la constitutionnalité du par. 563(3) (maintenant par. 634(3)), je ne me prononcerai pas sur la constitutionnalité de ce paragraphe.

Essentiellement, les dispositions contestées sont incompatibles avec la *Charte* parce qu'elles nuisent à l'équité du procès en suscitant, dans l'esprit de l'observateur bien renseigné, une crainte raisonnable de partialité.

Dispositif

La partie du par. 563(1) (maintenant par. 634(1)) et la totalité du par. 563(2) (maintenant par. 634(2)) du *Code criminel* qui confèrent au ministère public 48 mises à l'écart sont inopérantes parce qu'elles sont incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte* et qu'elles ne constituent pas une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. De plus, la conclusion du juge du procès sur la recevabilité des déclarations de l'appelant était bien fondée. L'appel est par conséquent accueilli, la directive de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès est annulée et l'acquittement de l'accusé est rétabli.

J'accorderais six mois au Parlement pour rédiger de nouvelles mesures législatives, sans quoi les dispositions du *Code* seront invalidées dans la mesure où elles permettent l'inégalité contestée. Cette décision devrait s'appliquer, toutefois, à toute affaire dans laquelle la disposition en cause a été contestée et dont les procédures sont encore en cours.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses qui suivent:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

A. Sections 634(1) and (2) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 563(1) and (2)) are inconsistent with s. 11(d) in so far as they provides the crown with a combination of peremptory challenges and stand bys in excess of the number of peremptory challenges permitted to an accused. It is unnecessary to consider whether this provision violates s. 7. The allegation of a violation of s. 15 was withdrawn. Sections 633 and 634(3) (formerly ss. 562 and 563(3)) were not challenged.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. The violation is not justified under s. 1.

Appeal allowed, GONTIER, McLACHLIN and IACOBUCCI JJ. dissenting; s. 563(1) and (2) (now s. 634(1) and (2)) were inconsistent with s. 11(d) of the Charter and this violation was not justified under s. 1.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.

R. Les paragraphes 634(1) et (2) (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 563(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d dans la mesure où ils confèrent au ministère public une combinaison de récusations péremptoires et de mises à l'écart supérieures au nombre de récusations péremptoires accordées à l'accusé. Il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si cette disposition viole l'art. 7. La prétention selon laquelle il y a violation de l'art. 15 a été retirée. L'article 633 et le par. 634(3) (auparavant art. 562 et par. 563(3)) n'ont pas été contestés.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. La violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Pourvoi accueilli, les juges GONTIER, McLACHLIN et IACOBUCCI sont dissidents; les par. 563(1) et (2) (maintenant les par. 634(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d) de la Charte et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.